DER
SCHEINKAUFMANN.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

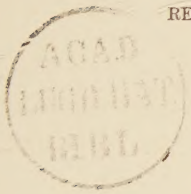
ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

BEI DER

JURISTISCHEN FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT LEIPZIG

EINGEREICHT VON

EMIL HILLENBRAND
REFERENDAR AUS ULM a. D.



OTTO WIGAND
Verlagsbuchhandlung und Buchdruckerei m. b. H.
LEIPZIG 1906.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535720_0038

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Inhalts-Verzeichnis.

		Seite
	§ 1. Einleitung	9
A.	Bedeutung der Eintragung im Allgemeinen	14
	§ 2. Feststellung der Begriffe „konstitutiv und deklaratorisch“	20
B.	Bedeutung der Firmeneintragung in civilrechtlicher Beziehung	22
	§ 3. Entstehungsgeschichte des § 5 H.G.B.	23
	§ 4. Der Inhalt des § 5 H.G.B.	26
	§ 5. Die rechtliche Stellung des Firmeninhabers	
	a) Einzelpersonen	37
	b) Personenvereinigungen	49
	§ 6. Beginn und Ende der konstitutiven Wirkung des § 5 .	54
C.	Bedeutung der Firmeneintragung in öffentlich-rechtlicher Beziehung	60
	§ 7. Kritik der Staubschen Lehre vom „Scheinkaufmann“. .	66

Literatur-Verzeichnis.

Adler-Clemens, Sammlung von Entscheidungen zum H.G.B., herausgegeben von L. Adler und B. Clemens, Wien.

Annalen der badischen Gerichte, Band 61.

Archiv für civilistische Praxis, herausgegeben von Heck, Rümelin, Wendt, Kohlhaas und Bülow.

Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.

Blumenthal, Der Scheinkaufmann. Diss. Göttingen 1901.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.

Denkschrift I und II zum Entwurf eines H.G.B.

Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von Laband, Stenglein und Staub.

Dickel, Bemerkungen zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches 1897.

Düringer und Hachenburg, Kommentar zum H.G.B. Mannheim 1899.

Endemann, Handbuch des Handelsrechts, Band I.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civil- und Strafsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Finger, Die Neuerungen des neuen Handelsgesetzbuches bezüglich konstitutiver Firmeneinträge. Diss. Freiburg 1900.

Gareis, Handausgabe des H.G.B. 2. Aufl. München 1900.

Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. Berlin 1903.

Gareis-Fuchsberger, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1891.

Gerber-Cosack, System des deutschen Privatrechtes. 17. Aufl. Jena 1895.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Berlin 1900.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes. 3. Aufl. Stuttgart 1891.

Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

v. Hahn, Kommentar zum A.D.H.G.B. 2. Aufl. 1871.
Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Band 6, Materialien zum H.G.B. Berlin 1897.
Hellwig, Lehrbuch des C.P. Leipzig 1903.
Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen.
Jahrbücher für Entscheidung des Kammergerichtes.
Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften. Berlin 1898/1904.
Lehmann und Ring, Kommentar zum H.G.B. Berlin 1902.
Makower, Kommentar zum H.G.B. 12. Aufl. Berlin 1901.
Protokolle der Sachverständigenkommission (nicht publiziert).
Schneider, Reichsgesetz über die Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Berlin 1900.
Schultze-Görlitz, Reichsgesetz über die Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Berlin 1898.
Späing, Handelsregister und Firmenrecht, 1884.
Staub, Kommentar zum A.D.H.G.B. 5. Aufl. Berlin 1897.
Staub, Kommentar zum H.G.B. 6. und 7. Aufl. Berlin 1900.
Staub, Kritische Betrachtungen zum Entwurf eines H.G.B. 1897.
Thöl, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Leipzig 1879.
Yelin, Der Begriff des Kaufmanns. Diss. Tübingen 1902.
Zweifel, Der eingetragene Nichtkaufmann. Diss. Leipzig 1903.

§ 1.

Einleitung.

Mit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde auch eine durchgreifende Revision des A.H.G.B. nötig, einerseits, um das Handelsgesetzbuch mit den neuen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes in Einklang zu bringen, andererseits um denjenigen Mängeln abzuhelfen, die von Kreisen der Berufsstände, von den Gerichten und in der Literatur geltend gemacht wurden.

Das neue H.G.B. brachte denn auch eine ganze Reihe von sehr wichtigen Änderungen; vor allen Dingen ist der gesetzliche Kaufmannsbegriff bedeutend erweitert.

Der Unterschied zwischen sogenannten objektiven und subjektiven Handelsgeschäften ist beseitigt und durch Wegfall der sog. absoluten Handelsgeschäfte als solcher ist das neue Handelsrecht ein reines Sonderrecht des Handelsstandes geworden[1]).

Während im A.H.G.B. nur der gewerbsmässige Betrieb der in Art. 271 und 272 bezeichneten Handelsgeschäfte die Kaufmannseigenschaft begründete, sind jetzt alle Personen Kaufleute, die ein Handelsgewerbe[2])

---

1) Vergl. Gareis, Handausgabe des H.G.B. S. 33; Denkschrift zum Entwurf eines H.G.B.'s S. 150.

2) Den Begriff des Gewerbes setzt das Gesetzbuch voraus.

Nach Lehmann und Ring, Kommentar zum H.G.B. S. 3 ist unter „Gewerbe" ein primär auf Erzielung eines Einkommens gerichteter und

betreiben, d. i. jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die entweder gewisse im Gesetz hervorgehobene Arten von Geschäften zum Gegenstand hat (§ 1 Abs. 2) oder die nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und im Handelsregister eingetragen ist (§ 2).

Ebenso ist die Stellung der Land- und Forstwirte im H.G.B. jetzt klar festgestellt; mag ein solcher auch zu Zwecken des Betriebs der Land- und Forstwirtschaft ein Grundhandelsgewerbe betreiben, Kaufmannseigenschaft kommt ihm nicht zu, und die Bestimmungen des Handelsrechts finden auf ihn keine Anwendung.

Betreibt er jedoch neben der Land- und Forstwirtschaft ein damit verbundenes Unternehmen, das ein Handelsgewerbe im Sinne der §§ 1 oder 2 ist, als Nebenunternehmen, so steht ihm die Befugnis zu, sich für letzteres durch Eintragung seiner Firma in das Handelsregister unter das Handelsrecht zu stellen und Kaufmannseigenschaft zu erwerben (§ 3 H.G.B.).

Der Unterschied zwischen Voll- und Minderkaufleuten (Art. 10) ist auch im H.G.B. beibehalten; es rechnet aber zu letzteren nur die Handwerker und Kleingewerbetreibenden, d. h. diejenigen, deren Betrieb über gewisse, event. von den Landesregierungen zu bestimmende Grenzen nicht hinausgeht (§ 4 H.G.B.).

Im A.H.G.B. bestimmte Artikel 275, dass Verträge über unbewegliche Sachen keine Handelsgeschäfte seien; es konnten also, da Verträge über unbewegliche Sachen von dem Kreise der absoluten und relativen Handelsgeschäfte schon durch die Begriffsbestimmung der Artikel 271 und 272 ausgeschlossen waren, jene

---

sich als solcher offenbarender Inbegriff von Tätigkeiten zu verstehen (vergl. auch Goldschmidt, H.B. Bd. I § 43, Cosack § 7 S. 22, v. Landmann, Gewerbeordnung, 2. Aufl. S. 35—41).

Verträge auch nicht „accessorische“ Handelsgeschäfte sein [1]).

Die Geschäfte über unbewegliche Sachen waren, wie Staub dies formuliert, „absolute Nichthandelsgeschäfte“ und zwar die einzigen Nichthandelsgeschäfte [2]).

Dieser Artikel 275 des A.H.G.B. hat, wie auch der Abgeordnete Bassermann bei der ersten Beratung im Plenum des Reichstags am 10. Februar 1897 ausführte, hauptsächlich bei den Bauunternehmern zu grossen Unzuträglichkeiten geführt; so wurde z. B. einer Vereinigung von Bauunternehmern, die sich als offene Handelsgesellschaft ins Handelsregister eintragen liess, durch das Reichsgericht die Eigenschaft einer Handelsgesellschaft und den unter der Firma bestellten Hypotheken die Gültigkeit abgesprochen, so dass die Hypothekengläubiger im Konkurse ihrer Forderungen verlustig gingen [3]).

Verschiedene ausländische Gesetzgebungen und auch einzelne Einführungsgesetze deutscher Staaten zum A.H.G.B. sind über die vom letzteren gezogenen Grenzen hinausgegangen, so namentlich das Württ. Ausf.-Ges. nach dessen Art. 4, und haben Industrie, Bergbau und Bauunternehmungen durchweg dem Handelsrecht unterstellt.

So wurde denn auch im H.G.B. der Artikel 275 des A.H.G.B. beseitigt, so dass Unternehmer, deren Gewerbebetrieb Geschäfte über unbewegliche Sachen

---

1) Vergl. R.O.H.Entschdg. 23 S. 131.

2) Vergl. Staub, Kommentar zum A.H.G.B. 5. Aufl. S. 721, 727, a. A. Gareis-Fuchsberger (323), der auch die Aktienzeichnung, und das R.G. (bei Bolze 18 Nr. 251), das alle sich auf die Eheschliessung beziehenden Vereinbarungen für absolute Nichthandelsgeschäfte erklärt, welcher Ansicht beizupflichten sein dürfte.

3) Vergl. Denkschrift II zum Entwurf eines H.G.B. S. 4581.
R.G. bei Bolze Bd. VI Fall 631.

zum Gegenstand hat, dennoch Kaufleute sind und deren allgemeine Rechte und Pflichten haben, sofern das Unternehmen nach seiner Art und seinem Umfang einen nach kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und die Firma im Handelsregister eingetragen ist (§ 2 H.G.B.).

Da aber nach dem A.H.G.B. die Tatsache, dass eine Firma im Handelsregister eingetragen ist, die Kaufmannseigenschaft des Inhabers nicht begründete, und ebenso jedermann einwenden konnte, dass das Gewerbe nicht den Umfang eines kaufmännischen Betriebes habe und darum überhaupt kein Handelsgewerbe sei, so wurde sowohl von juristischen wie von Kaufmannskreisen — namentlich auf dem deutschen Handelstage in Berlin — eine weitergehende Bestimmung verlangt.

Einen bedeutsamen Schritt in dieser Richtung hat der Entwurf I zu einem H.G.B. in der Vorschrift des § 111 Abs. 4 getan, wonach die Unwirksamkeit einer offenen Handelsgesellschaft nach dem Eintrag in das Handelsregister nicht aus dem Grunde geltend gemacht werden kann, weil es in Ansehung des Gegenstandes oder der Art und des Umfanges des Gewerbebetriebes an den nach den Vorschriften der §§ 1—3,5 maßgebenden Vorraussetzungen fehle [1]). Gemäss § 147 Abs. 2 findet diese Bestimmung auch auf Kommanditgesellschaften Anwendung.

Nur langsam und schrittweise liess sich der Gesetzgeber herbei, diese Bestimmung auch auf die Einzelkaufleute auszudehnen; schliesslich wurde aber doch die Bedeutung des Handelsregistereintrags für die Eigenschaft als Kaufmann in § 5 des H.G.B. anerkannt. Es kann für und gegen den Eingetragenen nicht geltend gemacht werden, dass das unter seiner Firma be-

1) Vergl. Düringer in Holdheims Zeitschr. S. 244.

triebene Gewerbe kein Handelsgewerbe, oder dass dasselbe nur ein Handwerk oder Kleinhandelsgewerbe sei.

Es wird also der Eintragung eine unwiderlegbare Rechtsvermutung — eine praesumptio juris et de jure — für die Eigenschaft des Inhabers als Vollkaufmann beigelegt [1]).

Diese Ansicht wird von Staub bestritten, der in seinem Kommentar (6. und 7. Aufl. S. 79) behauptet, dass der zu Unrecht eingetragene nicht Kaufmann werde, sondern nur in civilistischer Beziehung als solcher gelte; er sei nicht wirklicher Kaufmann, sondern nur Scheinkaufmann. Staub geht aber noch weiter; nicht bloss der zu Unrecht Eingetragene, sondern überhaupt jeder, der sich als Kaufmann geriere, gelte als Kaufmann.

Dass jemand seine Firma eintragen lasse, obwohl er nicht Kaufmann oder Vollkaufmann sei, sei nur ein besonders markanter Anwendungsfall dieses Prinzips; in der Eintragung läge nämlich ganz eminent ein Sichgerieren als Kaufmann und Vollkaufmann.

Wir werden sehen, dass der Staubsche Satz: „Wer im Rechtsverkehr als Vollkaufmann auftrete, müsse sich auch als solcher behandeln lassen", viel zu weitgehend ist und zu ganz unübersehbaren Konsequenzen führt [2]).

---

1) Vergl. Makower I, S. 20, Düringer und Hachenburg I S. 57, Lehmann und Ring I S. 44.

2) Auch das Reichsgericht hat sich (R.G. Bd. 55 S. 85) gegen diesen Staubschen Satz ausgesprochen: „Nur wenn der Name, unter dem der Minderkaufmann seine Geschäfte betreibt, ins Handelsregister eingetragen sein sollte, greift die Vorschrift des § 5 Platz, wonach nunmehr nicht geltend gemacht werden kann, dass die Firma, wenn das Geschäft zum Kleingewerbe gehöre, nicht eintragungsfähig gewesen sei. Dagegen kennt das Handelsgesetzbuch den Satz nicht, dass jeder Minderkaufmann, der für sein Geschäft einen ihm nicht zustehenden Namen führt und dadurch den Anschein einer Firmenführung hervorruft, allgemein oder doch Dritten gegenüber als Vollkaufmann gelte.

Schirrmeister vertritt in einer Abhandlung in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Bd. 48 und 49) den Standpunkt, der Registereintrag schaffe formelle Wahrheit, jeder eingetragene Gewerbetreibende sei schlechthin Vollkaufmann. Er nennt die hier in Betracht kommenden Personen „Formkaufleute".

Wenn man auch zugeben muss, dass dieses System unleugbar den Vorzug der grössten Klarheit hat, so kann ich demselben doch nicht beistimmen. Denn eine unrechtmässige Eintragung bleibt eine zu Unrecht bestehende, und sie kann deshalb von jedem, der ein Recht auf die Beseitigung einer solchen Eintragung hat, beseitigt werden. Der Eingetragene selbst kann die Löschung verlangen und sie kann gegen ihn betrieben werden.

Es besteht zwar die unwiderlegliche Rechtsvermutung, dass der Eingetragene zufolge der Eintragung ins Handelsregister Vollkaufmann sei. In Wirklichkeit ist er aber gar kein Vollkaufmann, sondern er wird nur als solcher angesehen, infolge der Eintragung gilt er als Vollkaufmann. Wir wollen deshalb den zu Unrecht im Handelsregister eingetragenen Gewerbsmann Scheinkaufmann (vorgeblichen Kaufmann) nennen.

A.

Bedeutung der Eintragung im Allgemeinen.

In Handelskreisen wird sehr häufig angenommen, was einmal im Handelsregister eingetragen sei, müsse auch unbedingt der Wahrheit entsprechen und sei einer Anfechtung wegen tatsächlicher Unrichtigkeit entzogen

(vergl. Prot. d. S.K. S. 27). Diese Annahme beruht auf einer ganz unrichtigen Auffassung der Aufgabe des Registergerichtes. Der Registerrichter hat zwar die Identität, die Rechtsfähigkeit, die Geschäftsfähigkeit der Anmeldenden zu prüfen und hat sich zu vergewissern, ob die Anmeldung den gesetzlichen Anforderungen entspricht, ob sie in gehöriger Form (§ 12 Abs. 1) und durch diejenigen Personen erfolgt, die zur Anmeldung verpflichtet oder doch berechtigt sind, ob sie durch alle erfolgt, deren Zusammenwirken das Gesetz erfordert, ob der Inhalt der Anmeldung ein vollständiger ist und nicht gegen das Gesetz verstösst. Dagegen hat der Registerrichter in der Regel[1]) nicht zu prüfen, ob der Inhalt der Anmeldung tatsächlich der Wahrheit entspricht und das einer Erklärung des Anmeldenden angeblich zu Grunde liegende Rechtsverhältnis tatsächlich besteht. Denn das Handelsregister hat nur den Zweck, Erklärungen über gewisse, für den Handelsverkehr wichtige Tatsachen und Verhältnisse zu beurkunden und zur öffentlichen Kenntnis zu bringen. Soweit also der Registerrichter nicht berechtigt und verpflichtet ist, sich Gewissheit zu verschaffen, ob das einer Erklärung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis wirklich besteht, kann durch die Eintragung ins Handelsregister auch nicht die Wahrheit des Eintrags bewiesen werden[2]).

Hiernach liefert also der Registereintrag zwar keinen Beweis für die Wahrheit der in ihm beurkundeten Tatsachen, wie z. B. § 892 B.G.B., wonach der öffentliche Glaube, den dieser § dem Grundbuch beilegt, den

1) In einer Reihe von Fällen hat die Eintragung in das Register allerdings weitergehende Kraft und legt dem Registerrichter grössere Verpflichtungen auf. (Vergl. §§ 2, 3, 5, 25 Abs. 2, 26 Abs. 2, 30, 123 Abs. 1, 174—176, 200, 277 Abs. 3, 304, 306, 320 Abs. 3.)

2) Vergl. R.G. Bd. I S. 243, R.G. in Strafsachen Bd. XVIII S. 179.

Rechtserwerb, der durch das Buch vermittelt wird, zu Gunsten des Erwerbers in der Weise sichert, dass die zu der entscheidenden Zeit vorhandenen Eintragungen und Löschungen als richtig anzusehen sind, wohl aber spricht die Vermutung dafür, dass die Eintragung den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht, dass der Registerrichter das Vorhandensein der letzteren, soweit ihm die Prüfung obliegt, geprüft habe.

Den Gegenbeweis gegen diese Vermutung hat derjenige zu führen, welcher die Gesetzmässigkeit des Eintrags bestreitet[1]).

Die allgemein anerkannte und herrschende Ansicht:

„An sich muss trotz der Eintragung die Wahrheit der eingetragenen Tatsache bewiesen werden“ [2])

bestreitet Staub in seinem Kommentar zum H.G.B. 6. und 7. Aufl. Excurs zu § 8 Anm. 15 und 16 (S. 88).

Staub führt dort aus, der Registerrichter trage nur ein, wenn er selbst davon überzeugt sei, dass die angemeldeten Tatsachen richtig seien. Das Register liefere zufolge der Prüfungspflicht des Registerrichters dafür Beweis, dass der Registerrichter gegen die Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen kein Bedenken gehabt habe, und dadurch einen Beweis, wenn auch nur einen Prima-facie-Beweis (wie etwa die Quittung), für die angemeldeten Tatsachen. So schöpfe die Eintragung aus ihrer materiellen Bedeutung der unter der Autorität des prüfenden Richters geschehenen Verlautbarungen der Erklärungen die prozessualische Beweiskraft einer Vermutung für die Richtigkeit der abgegebenen Erklärung.

---

1) Vergl. Jur. Wochenschrift, 1898 S. 203 Nr. 16.

2) Vergl. R.G. Bd. I S. 243, Lehmann und Ring Bd. I S. 66 Nr. 4; Düringer und Hachenburg Bd. I S. 63 und 81; Goldmann Hdb. Bd. I S. 41; Gareis, Lehrb. d. Handelsrechts S. 34; Cosack, Lehrb. d. Handelsrechts S. 36; Makower Bd. I S. 34.

Allerdings finden wir in anderen Gesetzen[1]), dass an die Eintragung eine solche Vermutung geknüpft ist. So bestimmt, wie bereits erwähnt, § 891 Abs. 1 B.G.B.:

„Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, dass ihm das Recht zustehe."

Wer daher als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, kann alle Ansprüche, die aus dem Eigentum hervorgehen, geltend machen, ohne den Erwerb des Eigentums nachweisen zu müssen.

Der Grundbuchbeamte braucht also hier die Richtigkeit der Anmeldung ebensowenig zu prüfen, wie der Registerrichter diejenige der Anmeldungen zum Handelsregister.

Es liesse sich deswegen der Satz aufstellen, dass auch den Eintragungen im Handelsregister die Vermutung der Richtigkeit zukomme.

Da aber sowohl im B.G.B., wie auch im Personenstandsgesetz, diese Bestimmungen ausdrücklich als Sonderbestimmungen getroffen worden sind, so lässt sich eine solche Praesumption aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht herleiten, und ist eine solche nur begründet, wo dies ausdrücklich im Gesetz gesagt ist.

Meistens wird natürlich eine tatsächliche Vermutung für die Übereinstimmung des Handelsregisters mit der Wirklichkeit bestehen. Man wird z. B. tatsächlich vermuten dürfen, dass der eingetragene Firmeninhaber in Wirklichkeit ein Gewerbe betreibt. Der Gegner hat dann eben auf Anordnung des Richters seine Einwendungen vorzubringen, den angeblichen Grund der Nichtübereinstimmung zu bezeichnen, und die Beweisfrage regelt sich dann nach allgemeinen Grundsätzen.

1) Vergl. B.G.B. § 891 Abs. 1 und Reichspersonenstandsgesetz vom 6. Februar 1875 § 15.

Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen ist insoweit zu machen, als das Gesetz der Eintragung in das Handelsregister eine Rechtsvermutung für die Wahrheit des Eintrags, für die Übereinstimmung von Eintragung und Wirklichkeit beimisst. Es ist in diesen Fällen dem Register eine Beweiskraft zuzusprechen. (Vergl. z. B. § 5 H.G.B.)

Aber davon abgesehen ist an dem Satz festzuhalten, dass die Existenz der eingetragenen Tatsachen durch den Eintrag nicht bewiesen wird.

Jedenfalls kann man eine Beweiskraft nie aus der Prüfungspflicht des Richters herleiten. Denn durch die unter der Autorität des Registerrichters geschehene Eintragung wird nur bewiesen, wie das Reichsgericht ausführt [1]), dass der Richter legal gehandelt, d. h., dass er die ihm obliegenden Prüfungspflichten beobachtet, und dass der Eintrag den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht.

In diesem Sinne bürdet das Gesetz nach Ansicht des Reichsgerichts demjenigen, der die Gesetzmässigkeit der Eintragung bestreitet, die Beweislast auf (vergl. oben S. 16).

1) R.G. Bd. 41 S. 22: Die Prüfung, ob die in diesen Fällen erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind, ist Aufgabe des Registerrichters. Hat er die Eintragung vorgenommen, so wird die Rechtsmässigkeit seiner Handlungsweise bis auf weiteres unterstellt werden dürfen. Freilich kommt der Eintragung in der Regel konstitutive Wirkung nicht zu. Sie charakterisiert sich nicht als eine Entscheidung, die in Rechtskraft erwüchse, und kann einen rechtlichen Mangel nicht heilen. Eine unzulässige Firma wird also nicht zulässig, wenn sie zum Handelsregister angemeldet und darin aufgenommen ist. Andererseits ist die Eintragung aber auch in dieser Beziehung kein indifferenter Akt. Liefert sie auch nicht den Beweis, dass die tatsächlichen Angaben, auf denen sie beruht, der Wahrheit entsprechen, so erzeugt sie doch die Vermutung, dass ihr Inhalt legal ist. Diese Vermutung kann zwar durch Gegenbeweis entkräftet werden; aber dessen Führung liegt demjenigen ob, der die Gesetzmässigkeit des Registereintrags bestreitet.

Auf keinen Fall ist aber die Ansicht Staubs, dass der Eintrag volle Beweiskraft über die angegebenen Tatsachen enthalte, zu halten. Denn hätte der Gesetzgeber dies gewollt, so hätte er einen entsprechenden Satz aufstellen müssen [1]).

Das H.G.B. sieht also von einer allgemeinen Rechtsvermutung des Inhalts, dass die Eintragung der Wirklichkeit entspreche oder gar von einem dem redlichen Dritten zu gute kommenden öffentlichen Glauben des Handelsregisters, wie ihn für das Grundbuch B.G.B. §§ 891, 892 aufstellt, ab [2]).

Grundsätzlich ist also die Bedeutung der Handelsregistereinträge lediglich eine deklaratorische. Nur in einer Reihe ganz bestimmter Fälle ist dem Registereintrag noch eine weitergehende Bedeutung beigelegt. Hier wirkt er rechtserzeugend, konstitutiv.

In erster Linie muss uns daher die Feststellung der Begriffe „konstitutiv und deklaratorisch“ beschäftigen.

---

1) Staub streift im Excurs zu § 8 Anm. 17 S. 88 auch die strafrechtliche Frage und geht dabei sogar soweit, dass er denjenigen, der eine unrichtige Eintragung im Handelsregister bewirkt, der intellektuellen Urkundenfälschung für schuldig erklärt, da die Eintragung nicht die Erklärung, sondern die Wahrheit der erklärten Tatsachen beweise. Es ist jedoch an der Reichsgerichtentscheidung (R.G. in Strafsachen XVIII S. 179) festzuhalten, da der Eintrag für Straf- wie Prozessrichter (für letzteren allerdings unter Umständen § 5!) keine bindende Wirkung hat.

2) Eine andere Auffassung vertritt Herzog in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 17 S. 217 ff.: Nicht allein im Interesse der Herbeiführung möglichster tatsächlicher Richtigkeit des Handelsregisters resp. bei tunlichster Beseitigung desfallsiger Irrtümer, sondern namentlich auch zur Sicherung des vollen Vertrauens der Geschäftswelt zu dem Institut, ohne welches das letztere den ausserdem erreichbaren und zweifellos wünschenswerten Grad von Lebensfähigkeit nie erreichen könne, scheine es unerlässlich, der selbst irrtümlichen Eintragung in das Handelsregister den gutgläubigen Dritten gegenüber eine Rechtswirkung beizulegen.

§ 2.

Feststellung der Begriffe: „Konstitutiv und deklaratorisch".

Das H.G.B hat ebenso wie das A.H.G.B. Materien und Fragen, deren Regelung dem Gesetzgeber nicht unbedingt notwendig erschien, der Wissenschaft oder der Rechtssprechung überlassen.

So gebraucht auch keines von beiden Gesetzbüchern, wohl aber die Rechtswissenschaft, die Ausdrücke „konstitutiv und deklaratorisch".

Neben dieser Einteilung in deklaratorische und konstitutive Registereintragungen gibt es noch verschiedene andere Bezeichnungen.

So scheidet Cosack in seinem Lehrbuch S. 35 ff. die Handelsregistereinträge in rechtsbekundende, rechtsbestärkende und rechtsbegründende. Ähnlich teilt Gareis in seinem Lehrbuch S. 18 ff. dieselben in einfach deklaratorische, qualifiziert-deklaratorische und konstitutive.

Diese qualifiziert-deklaratorische (rechtsbestärkende) Wirkung muss jedoch von den Eintragswirkungen abgesondert werden, da sie, wie Cosack und Gareis selbst sagen, nur dann eintrete, wenn die sie begründenden Tatsachen im Handelsregister eingetragen und ordnungsgemäss bekannt gemacht seien.

Cosack gibt also selbst zu, dass der Eintritt der Rechtswirkung von dem Vorhandensein resp. Nichtvorhandensein zweier Faktoren abhängig ist, nämlich der Eintragung und Bekanntmachung.

Da wir aber nur die Begriffsbestimmung der Eintragungswirkung allein feststellen wollen, so muss diese qualifiziert-deklaratorische Wirkung, die in § 15 H.G.B., der übrigens eine grosse Bedeutung für die Tragweite deklaratorischer und konstitutiver Firmeneinträge hat,

normiert ist, als „unechte“ Eintragungswirkung ausscheiden.

Nach Ausscheidung der qualifiziert-deklaratorischen (rechtsbestärkenden) Wirkung bleiben uns die von Gareis resp. Cosack einfach deklaratorisch (rechtsbekundend) und konstitutiv (rechtsbegründend) benannten, die von anderen Schriftstellern[1]) als deklaratorisch (beurkundend) und konstitutiv (rechtserzeugend) bezeichnet werden.

Um nun feststellen zu können, wann eine Eintragung deklaratorisch und wann sie konstitutiv wirkt, bedarf es zunächst einer Definition dieser Begriffe.

Nach Gareis (S. 19) ist die erstere Bedeutung der Eintragung vorhanden, wenn die Eintragung nur zum einfachen Beweis der Tatsache dient, dass die der Registrierung zu Grunde liegende Anmeldung wirklich mit dem eingetragenen Inhalt stattgefunden habe; und letztere liegt dann vor, wenn ein Rechtsvorgang gar nicht anders als durch Eintragung zur Existenz gelangen kann.

Wir haben aber bereits oben (S. 18) gesehen, dass nach einer Ansicht des Reichsgerichts der Eintragung eine Vermutung für die Richtigkeit beigelegt wird, so dass die erstere Definition von Gareis durch die Praxis bereits überholt ist.

Verfasser möchte daher der Staubschen Definition, die der deklaratorischen Wirkung die Bedeutung der öffentlichen Verlautbarung einer auch anderweit zu beweisenden und wirkenden Tatsache gibt, den Vorzug geben[2]). So besteht z. B. eine offene Handels-

1) Vergl. Staub Bd. I S. 86, 87. Düringer und Hachenburg Bd. I S. 81. Staub spricht noch von einer „anderen“ Bedeutung: In den Fällen des § 26 Abs. 2 und § 159 Abs. 2 (Beginn der Verjährung); § 287 (Voraussetzung für die Ausgabe von Aktien bei Erhöhung des Grundkapitals).

2) Vergl. Staub Bd. I Excurs zu § 8 Anm. 11 S. 86.

gesellschaft auch ohne Eintragung (§ 123 H.G.B.); durch die Eintragung derselben ins Handelsregister wird dann das bestehende Rechtsverhältnis beurkundet.

Im Gegensatz zur deklaratorischen Wirkung wirkt ein Firmeneintrag konstitutiv, wenn durch ihn ein Rechtsverhältnis und zwar ein Komplex von Rechten begründet wird [1]).

Gareis führt für seine Definition der konstitutiven Wirkung § 200 H.G.B. an, wonach die Aktiengesellschaft nur durch Eintragung zustande kommen kann, somit also die Eintragung allein die Kraft hat, das Rechtsverhältnis zu erzeugen.

Dem lässt sich aber entgegenhalten, dass die Kaufmannseigenschaft nicht nur z. B. nach H.G.B. § 2 durch Eintragung erworben werden kann, sondern auch nach § 1 H.G.B. ohne Eintragung.

Wir wollen deshalb hier der Gerber-Cosackschen Definition beipflichten, die nicht, wie Gareis ausführt, die konstitutive Wirkung nur dann als vorliegend annimmt, wenn ein Rechtsvorgang nicht anders als durch Eintragung zur Existenz gelangen kann, sondern den Firmeneintrag dann konstitutiv wirken lässt, wenn durch ihn ein Rechtsverhältnis begründet wird.

B.

Bedeutung der Firmeneinträge in civilrechtlicher Beziehung.

Die Eintragung einer Firma in das Handelsregister hatte nach dem A.H.G.B. keine Bedeutung für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft. Sowohl bei Einzelkaufleuten,

1) Vergl. Gerber-Cosack, System des deutschen Privatrechtes S. 322; Finger, Diss. Freiburg 1900 S. 5.

wie auch bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft musste, falls die Eigenschaft eines Gewerbes als Handelsgewerbe bestritten wurde, über das Vorhandensein der Voraussetzungen für die Kaufmanns- bezw. Vollkaufmannsqualität selbständig Beweis erhoben werden.

Auch das H.G.B. hält, wie wir oben feststellten, grundsätzlich daran fest, dass den Handelsregistereinträgen, soweit nicht ausdrücklich ein anderes bestimmt ist, an und für sich nur die Bedeutung von Beurkundungen zukomme. In einigen Ausnahmefällen hat es aber der Eintragung eine verstärkte Bedeutung verliehen.

Während Entwurf I nur der Eintragung einer offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft eine den Prozessrichter bindende Bedeutung beigemessen hat, hat Entwurf II diese Bestimmung auch auf Einzelkaufleute ausgedehnt. Eine solche weitergehende Bestimmung trifft der § 5 des H.G.B. hinsichtlich der Wirkung des Firmeneintrags, der nach langen stürmischen Debatten auf Veranlassung von Fach- und Juristenkreisen ins H.G.B. aufgenommen wurde, weil der Handelsverkehr klarer, zuverlässiger Verhältnisse bedürfte und das praktische Bedürfnis nach erhöhter Rechtssicherheit eine solche Ausnahme erheischte[1]).

§ 3.

Entstehungsgeschichte des § 5.

Erst allmählich gelangte der Gesetzgeber dazu, der Eintragung der Firma eine so weittragende Bedeutung beizulegen.

---

1) Vergl. Düringer in Holdheims Zeitschr. 1896 S. 243; Denkschr. II S. 17 u. 18.

In der Begründung des Comm. Entw. (S. 12) war noch ausgeführt, dass dem Firmeneintrag bindende Wirkung weder für den Prozess- noch für den Strafrichter beigelegt werden dürfe, obwohl, wie wir schon oben S. 11 gesehen haben, die verschiedenen Unzuträglichkeiten während der Geltung des A.H.G.B.[1]) hätten dazu führen sollen, dem Firmeneintrag eine weitergehende Bedeutung einzuräumen.

Auf allseitiges Drängen hin ging nun der erste veröffentlichte Entwurf einen Schritt weiter, indem er in § 111 Abs. 4 hinsichtlich der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft die Bestimmung aufnahm: Nach der Eintragung in das Handelsregister kann die Unwirksamkeit der Gesellschaft nicht aus dem Grunde geltend gemacht werden, dass in Ansehung des Gegenstandes oder der Art und des Umfanges des Gewerbebetriebes es an den nach den Vorschriften der §§ 1, 2 und 3 Abs. 2 maßgebenden Voraussetzungen fehle.

Seitens der Kritik[2]) wurde die Ausdehnung der Bestimmung des § 111 Abs. 4 auf die Einzelkaufleute verlangt, was von der Denkschrift I expressis verbis abgelehnt worden war.

So führt z. B. Düringer in Holdheims Zeitschr. 1896 S. 243 aus: Die Vorschrift des § 2 H.G.B. sei insofern eine ungenügende, als dem Registereintrag keinerlei ausschlaggebende Wirkung beigelegt werde; hierdurch würden unklare Verhältnisse geschaffen, es bliebe im Einzelfalle auch gegenüber einer eingetragenen Firma die schwierige Prüfung, ob die übrigen objektiven

1) Vergl. R.G. bei Bolze Bd. VI Fall 631 und Bd. IX Fall 711 a.

2) Vergl. Staub, Kritische Betrachtungen zum Entwurf eines H.G.B.'s S. 9; Lehmann, Archiv für civilistische Praxis Bd. 86 S. 299; Petri, Deutsche Juristenztg. 1897 S. 16; Dickel, Bemerk. zum Enwurf S. 40; Düringer in Holdheims Zeitschr. 1896 S. 243.

Voraussetzungen des § 2 vorlägen. Es sei nicht einzusehen, schreibt Düringer mit Recht, warum dem Handelsregistereintrag nicht die Wirkung beigelegt werde, dass, wer im Handelsregister eingetragen sei, auch als Kaufmann anzusehen sei.

Ähnlich drückt sich auch Petri in der deutschen Juristenzeitung (1897 S. 16 und 17) aus.

Petri wirft dem Entwurf vor, dass er an einem wesentlichen Mangel leide, der die Rechtssicherheit in hohem Grade gefährde und deshalb einer dringenden Abhilfe bedürfe, dass nämlich die Gewerbetreibenden, die nach § 2 H.G.B. eingetragen seien, die Kaufmannseigenschaft nicht erwerben könnten, wenn die in § 2 Abs. 1 H.G.B. verlangten Erfordernisse der Eintragung nicht vorhanden seien.

Wie Düringer, so meint auch Petri ganz richtig: Man muss sich darauf verlassen können, dass derjenige, der in das Register als Kaufmann eingetragen ist, wirklich als Kaufmann gilt, dass er die ihm obliegenden Pflichten wirklich zu erfüllen hat, dass er seinem Gegenkontrahenten nach Handelsrecht haftet und seine Kaufmannseigenschaft später nicht bestreiten kann, unter dem Vorgeben, dass er ein in kaufmännischer Weise eingerichtetes Geschäft nicht betreibe und daher Nichtkaufmann sei.

Dazu kam noch, dass auf dem deutschen Handelstag zu Berlin der Beschluss gefasst wurde, einen Zusatz zu § 2 H.G.B. zu beantragen des Inhalts, dass nach der Eintragung in das Handelsregister die Eigenschaft des Betriebes als Handelsgewerbe nicht aus dem Grunde Dritten gegenüber bestritten werden könne, weil es in Ansehung der Art und des Umfanges des Gewerbebetriebes an den nach Abs. 1 dieses Paragraphen maßgebenden Voraussetzungen fehle.

Von allen Seiten wurde geltend gemacht, dass die

Erwägung der Denkschrift (S. 15), eine solche Vorschrift stehe mit der den Handelsregistereinträgen im übrigen zukommenden rechtlichen Bedeutung im Widerspruch, in dieser Allgemeinheit unzutreffend sei; denn auf dem Gebiete des Aktienrechts sei die rechtsbegründende Wirkung des Registereintrags bereits anerkannt, und wenn auch sonst das H.G.B. grundsätzlich noch an der Auffassung des bisherigen Rechts festhalte, dass den Registereinträgen, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt sei, an und für sich nur die Bedeutung von Beurkunden zukomme (Denkschr. S. 19), so sei doch das Argument, dass gegenüber dem Einzelkaufmann kein Bedürfnis bestehe, der Eintragung eine so weitgehende Wirkung beizulegen, und dass ferner eine solche Bestimmung eine genaue und vielfach belästigende Überwachung der registerpflichtigen Personen zur Folge haben würde, keineswegs stichhaltig.

Jedenfalls hätte es zu den grössten Unzuträglichkeiten geführt, wenn der Gesetzgeber den einseitigen Standpunkt des Entwurf I festgehalten hätte.

Deshalb kam der Entwurf II auch dem allgemeinen Wunsche nach, indem er an Stelle der Spezialvorschrift des § 11 Abs. 4 die nunmehr Gesetz gewordene Bestimmung des § 5 aufnahm.

§ 4.

Der Inhalt des § 5 H.G.B.

Der § 5 H.G.B. lautet:

„Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, der sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, oder dass es zu den in § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre.“

Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen zu Recht und zu Unrecht erfolgtem Firmeneintrag. Es kommt also der Eintrag hier nicht in Betracht, weil er der wahren Sachlage entspricht, sondern weil er im Register steht.

Ferner schweigt das Gesetz darüber, ob der Eingetragene wirklich Kaufmann wird, und so hat sich hier über die Tragweite des § 5 schon ein äusserst heftiger Streit entsponnen.

Wie wir schon oben S. 13 gesehen haben, begründet nach den Kommentaren von Düringer und Hachenburg (Bd. I S. 57), Lehmann und Ring (Bd. I S. 44) und Makower (Bd. I S. 20) § 5 für den einzelnen Gewerbetreibenden und für die Vereinigungen von Gewerbetreibenden unter gemeinschaftlicher Firma als offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft [1]), sofern ihre Firma eingetragen ist, ein praesumptio juris et de jure, die jeden Gegenbeweis abschneidet, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe und dass es das Gewerbe eines Vollkaufmannes sei.

---

1) Vergl. § 6 H.G.B.: Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften finden auch auf die Handelsgesellschaft Anwendung.

Die Rechte und Pflichten eines Vereins, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, werden durch die Vorschriften des § 4 Abs. 1 nicht berührt. Zu diesen „Vereinen“ gehören nach dem Stand der jetzigen Reichsgesetzgebung ausser den Aktiengesellschaften (H.G.B. § 178—319) und Kommanditgesellschaften auf Aktien (H.G.B. § 320—334), die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (R.G. vom 1. Mai 1889 § 17) und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (R.G. vom 20. April 1892 § 13 Abs. 2).

Für diese „Vereine“ hat also § 5 H.G.B. keine Bedeutung, weil sie, auch wenn sie weder ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe noch überhaupt ein Gewerbe betreiben, schon kraft Gesetzes Kaufmannseigenschaft besitzen. (Vergl. Gareis, Handausg. S. 27.)

Demgegenüber führt Staub in seinem Kommentar (6. und 7. Aufl. S. 79) aus, dass der zu Unrecht Eingetragene nicht Kaufmann werde, sondern nur in civilistischer Beziehung als solcher gelte, er sei nicht wirklicher Kaufmann, sondern nur Scheinkaufmann.

Staub stützt sich mit seiner Ansicht hauptsächlich auf die Ausführungen in der Denkschrift II, wo es heisst:

Die Tragweite des § 5 erstreckt sich nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Inhabers der eingetragenen Firma zu Dritten. Für das Gebiet des öffentlichen Rechtes, insbesondere des Strafrechtes darf dem äusserlichen Umstand, dass die Eintragung erfolgt ist, maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden.

Nun gibt Staub aber selbst zu, dass eine Reihe von Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes auf den Scheinkaufmann [1]) die gleiche Anwendung finden, wie auf den Vollkaufmann [2]).

Ferner führt Staub zur Begründung dafür, dass der zu Unrecht Eingetragene nur in civilistischer Beziehung als Vollkaufmann gelte, in Wahrheit aber nur Scheinkaufmann sei, an, dass es sich hier im § 5 H.G.B. lediglich um einen besonders markanten Anwendungsfall des Satzes handle: wer sich als Kaufmann geriere, gelte als Kaufmann; wer im Rechtsverkehr als Voll-

---

1) Inwieweit der § 5 H.G.B. auch für das öffentliche Recht in Betracht kommt, werden wir unten S. 60 ff. sehen.

2) Der Scheinkaufmann hat auf Grund des § 113 des Gerichtsverfassungsgesetzes die Qualifikation zum Handelsrichter, für seine Prozesse ist die Kammer für Handelssachen zuständig, falls die Voraussetzungen des § 101 Ziff. 1 G.V.G. vorliegen. Staub (S. 79) gestattet ihm sogar Klagen unter der Firma (§ 17 Abs. 2 H.G.B.), weil diese prozessuale Vorschrift zur sachgemässen Durchführung der civilen Rechtsnormen über Kaufleute und deren Geschäfte gegeben sei, während Göppert in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 47 S. 268 diesen Ausführungen ganz entschieden entgegentritt. (Vergl. auch unten S. 63.)

kaufmann auftrete, müsse sich als solcher behandeln lassen.

Staub stützt sich bei dieser Lehre auf die §§ 157 und 242 B.G.B. und folgert aus diesen, dass jedermann sich gefallen lassen müsse, dass seine Erklärungen so aufgefasst werden und ihnen die Bedeutung beigelegt werde, die denselben nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr zukomme; deshalb müsse auch jeder, der sich als Kaufmann geriere, sich wie ein Kaufmann resp. Vollkaufmann behandeln lassen.

Die Anfänge zu dieser Theorie Staubs finden wir schon in der 5. Auflage seines Kommentars S. 197 in § 2a, sowie in einem Zusatz zu Art. 110, wo er ausführt, die Bestimmung des vorliegenden Artikels sei nicht erschöpfend, denn die rechtliche Wirkung der offenen Handelsgesellschaft trete nicht nur durch Eintragung und Geschäftsbeginn (Art. 110 Abs. 1) ein, sondern auch dann, wenn die in der Eintragung liegende öffentliche Kundgebung, dass die Handelsgesellschaft bestehe, auf andere Weise ersetzt werde [1]).

Staub meint, es ergebe sich dieses aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, denn der Erklärende müsse den Inhalt seiner Erklärung gegen sich gelten lassen, und wenn eine solche Erklärung allgemein und öffentlich sei, so sei auch ihre Kraft eine allgemeine.

Ferner stützt sich Staub auf den Standpunkt der Praxis während der Geltung des A.H.G.B. (R.G. 40 S. 146 und R.G. 19 S. 197), wo anerkannt war, dass,

---

1) Ähnlich führt Behrend in seinem Lehrbuch des Handelsrechts Bd. I § 71 S. 506 aus: Wird die Absicht des Geschäftsbeginns von sämtlichen Gesellschaftern oder doch mit deren Zustimmung durch allgemeine, an das Publikum gerichtete Erklärungen kundgegeben, so tritt die Gesellschaft unmittelbar mit dieser Kundgebung ins Leben, ohne dass der Abschluss eines einzelnen Geschäftes erforderlich ist (vergl. auch v. Hahn, Komm. z. A.H.G.B. § 6).

wenn eine Vereinigung von zwei Personen, die keine Handelsgesellschaft ist, sich als offene Handelsgesellschaft geriere, dieselbe sich als solche betrachten lassen müsse, und die Gesellschafter wie Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen zu haften haben.

Diese Lehre hat nun Staub in der 6. und 7. Auflage seines Kommentars zum H.G.B. noch bedeutend erweitert und die schon oben erwähnten Sätze und damit einen vollständig neuen Kaufmannsbegriff aufgestellt.

Staub behauptet also, der zu Unrecht Eingetragene sei kein Vollkaufmann, sondern er gelte nur für die Dauer der Eintragung als solcher.

Aber auch Düringer und Hachenburg (S. 57 Ziff. 2) und Makower (S. 20) erkennen an, dass das Gesetz keineswegs ausspreche, dass der im Handelsregister Eingetragene wirklich Vollkaufmann sei.

Keiner bestreitet, dass die Wirkung des § 5 für unrechtmässige Firmeneinträge dem Strafrichter und dem Registerrichter gegenüber nicht durchgreift, und dass sie einer ausdrücklichen Geltendmachung bedarf. In diesen Beziehungen ist der unrechtmässig Eingetragene des § 5 nicht Vollkaufmann, sondern er wird nur in gewissen anderen, allerdings sehr zahlreichen Beziehungen als Vollkaufmann angesehen. Ausserdem misst auch der Gesetzgeber zweifellos dem „Gelten“ und dem „Sein“ die gleiche Bedeutung bei, denn sonst hätte er doch an Stelle des „gilt“ in den §§ 2 und 3 Abs. 2 „ist“ gesetzt, was er doch sicher damit sagen will.

Wir sehen also, dass diese Kontroverse nur Bezeichnungen, nur Worte betrifft; im Resultat kommen beide auf dasselbe hinaus.

Die im § 5 H.G.B. ausgesprochene unwiderlegbare Rechtsvermutung gilt zu Gunsten eines jeden, der sich auf die Eintragung beruft; sie gilt nicht nur für jeden Dritten, sondern auch dem Eingetragenen selbst kommt sie zu statten, sie gilt also für und wider den Eingetragenen.

Gleichgültig ist ferner, ob derjenige, der sich auf die Eintragung beruft, die Unrichtigkeit derselben, das Nichtvorhandensein derjenigen Voraussetzungen, auf welche sich die Eintragung gründet, kennt oder nicht. Falls aber die Eintragung dolos herbeigeführt wird, um den andern Teil dadurch widerrechtlich zu schädigen (z. B. eine Frau wird dolos verleitet, sich eintragen zu lassen, um ihr die Möglichkeit der Herabsetzung der Konventionalstrafe oder die Berufung auf das Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte zu nehmen), wird natürlich die exceptio doli (§ 123 B.G.B.) gegeben sein.

Voraussetzung für die Anwendung des § 5 H.G.B. ist, dass der Eingetragene überhaupt ein Gewerbe betreibt; denn es ist zwar der Einwand ausgeschlossen, dass das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, den Einwand, es mangle überhaupt an einem Gewerbe, schneidet aber der § 5 H.G.B. in keiner Weise ab.

Was bedeutet nun „Gewerbe“? Wir haben bereits oben (S. 9) gesehen, dass unter „Gewerbe“ ein primär auf Erzielung eines Einkommens gerichteter und sich als solcher offenbarender Inbegriff von Tätigkeiten zu verstehen ist.

Aus dieser Definition lassen sich per argumentum e contrario verschiedene gegen den § 5 H.G.B. zulässige Einwände ableiten.

Einmal, es läge kein Inbegriff von Tätigkeiten, sondern nur gelegentliche Tätigkeit vor, selbst

wenn deren Zahl eine nicht geringe ist (z. B. häufiges Spekulieren, Botengehen, Transportieren). Nach einer Entscheidung des R.O.H.G. Bd. 14 S. 118 soll mit „gewerbsmässig“ nur ein Betrieb als dauernde Einnahmequelle, als ein regelmässiger im Gegensatz zu einem bloss gelegentlichen bezeichnet werden[1]).

Dann sei die Tätigkeit nicht auf Erzielung eines Einkommens gerichtet. Wo jede Erwerbsabsicht fehlt, ist kein Gewerbe vorhanden. Wer unentgeltlich seine Tätigkeit politischen oder wissenschaftlichen Zwecken widmet, oder wer nur die Kosten seines Unternehmens herausschlagen will, betreibt kein Gewerbe[2]), z. B. Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit, Offizierskasinos, ritterschaftliche Kreditinstitute u. s. w., sofern sie nur für ihre Mitglieder tätig sind (R.O.H.G. Bd. V S. 210).

Es kommt nicht darauf an, ob tatsächlich Erwerb erzielt ist, vielmehr ist die Absicht maßgebend. Öffentliche Sparkassen sind z. B. nur dann gemeinnützige Anstalten, wenn ihnen jede Erwerbsabsicht fehlt; will aber eine Sparkasse Gewinn erzielen, dann ist ihre Tätigkeit auf Erzielung eines Einkommens gerichtet und sie ist Kaufmann und zwar Bankier[3]).

Ferner sei die Tätigkeit nicht primär auf Erzielung eines Einkommens gerichtet. Ist die Erzielung des Einkommens nur das sekundäre, dann liegt ebenfalls kein Gewerbe vor. Man spricht hier von Beruf, so bei Künstlern, Dichtern, Komponisten, Rechtsanwälten, Sprachlehrern, sowie bei allen Beamten; wenn auch die Mehrzahl der letzteren um des Broterwerbes willen Beamte werden, so tritt nach der gesellschaftlichen Auffassung hier das Autoritative einer-

1) Vergl. Goldschmidt, Handb. d. Handelsrechts Bd. I § 43.
2) Vergl. Adler-Clemens Nr. 1726.
3) Vergl. Busch 18 S. 124 und Dickel S. 18.

seits, das Pflichtgemässe andererseits in den Vordergrund [1]).

Obgleich bei den Ärzten die Reichsgewerbeordnung von „Gewerben“ spricht (R.G.O. § 29), so sind dieselben doch keinesfalls unter die Gewerbetreibenden zu rechnen [2]).

Endlich offenbare sich das Gewerbe nicht als solches. Cosack fordert in seinem Lehrbuch S. 23 eine gewisse Offenkundigkeit für den allgemeinen Verkehr: „Es sei ebenso genügend wie unentbehrlich das Auftreten dem Publikum gegenüber als Geschäftsmann“ [3]).

Am besten geschieht diese Eröffnung der Beziehung zum Publikum wohl durch die Anmeldung der Firma zum Handelsregister, aber auch öffentliche Annoncierung, Versendung von Cirkularen, Eröffnung eines Ladens genügen.

Hat nun der Eingetragene nie ein Gewerbe betrieben, so muss eben nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen entschieden werden, welche Bedeutung der Eintragung zukommt [4]).

---

1) Vergl. Lehmann u. Ring Bd. I S. 4.

2) Vergl. Denkschr. I S. 11; Denkschr. II S. 3146.

3) Ebenso Thöl Bd. I S. 121; Düringer und Hachenburg Bd. I S. 26; Makower Bd. I S. 6. Anderer Meinung ist Staub, der in seinem Kommentar § 1 Anm. 29 ausführt: Dieses Erfordernis könne nicht anerkannt werden, weil das Gesetz es nicht aufstelle und es in der Natur der Sache nicht begründet sei. Ähnlich das Reichsgericht bei Bolze Bd. 18 Nr. 253.

4) Staub vertritt den Standpunkt, dass das Register die Vermutung der Richtigkeit der eingetragenen Tatsache mit der wirklichen Sachlage begründe (vergl. Excurs zu § 8 Anm. 16); es brauche also derjenige, der sich auf die Eintragung berufe, nicht nachzuweisen, dass der Eingetragene ein Gewerbe betreibe, vielmehr treffe den anderen Teil die Beweislast.

Verfasser kann diesen Ausführungen Staubs nicht beipflichten.

Wir haben bereits oben S. 16 gesehen, dass Staub, wenn er be-

Hat aber der Eingetragene früher ein Gewerbe betrieben und macht jetzt geltend, er betreibe kein Gewerbe mehr, so ist die Wirksamkeit des § 5 H.G.B. zwar ausgeschlossen, nicht aber die des § 15 Abs. 1 H.G.B.

Nach § 31 Abs. 2 H.G.B. ist nämlich der Inhaber des Geschäftes verpflichtet, das Erlöschen seiner Firma zum Handelsregister anzumelden; unterlässt er die Anmeldung des Erlöschens, gleichgültig aus welchem Grunde, so kann er sich gutgläubigen Dritten gegenüber nicht auf das Erlöschen berufen. Es gilt der Eingetragene dann nach wie vor dem nichtwissenden Dritten gegenüber als Kaufmann und zwar als Vollkaufmann und hat die sich hieraus ergebenden Konsequenzen zu tragen [1]).

Selbstverständlich gilt dieselbe Einwendung, die dem Einzelkaufmann gegenüber anwendbar ist, auch für die offene Handelsgesellschaft. Auch hier greift

---

hauptet, der Registereintrag begründe die Vermutung der Richtigkeit der dort verlautbaren Tatsachen, entschieden zu weit geht. Denn die Eintragung liefert einmal nicht den Beweis für die Wahrheit der Angaben, sondern sie erzeugt nur die Vermutung, dass ihr Inhalt legal ist und diese Vermutung kann durch Gegenbeweis entkräftet werden, dessen Führung aber dem obliegt, der die Gesetzmässigkeit des Registereintrags bestreitet.

Vergl. die oben S. 18 angeführte Reichsgerichtsentscheidung (R.G. Bd. 41 S. 22).

1) Entsprechend einer Entscheidung des R.O.H.G. Bd. 21 S. 306 hat bei Änderung des Inhabers der Firma durch Veräusserung oder Verpachtung des Geschäftes nebst Firma die Nichteintragung oder die Nichtbekanntmachung die Folge, dass das Publikum den bisherigen Inhaber noch als Träger der Firma ansehen darf; folglich würde dieser nicht wissenden Dritten aus unter der Firma abgeschlossenen Geschäften seines Rechtsnachfolgers haften. Es hat somit der Verkäufer oder der Pächter ein dringendes Interesse daran, dass die Änderung des Inhabers der Firma eingetragen und publiziert wird. (Vergl. auch R.G. 12 S. 12, 15 S. 36; R.G. bei Bolze 17 Nr. 516.)

§ 15 Abs. 1 H.G.B. Platz, sofern früher ein Gewerbe betrieben wurde.

Staub ist nun der Ansicht, in all den vorgenannten Fällen sei dem Eingetragenen der Einwand des mangelnden Gewerbebetriebs versagt. Wenn auch nicht den Vorschriften des § 5 H.G.B. voll und ganz entsprochen sei, so liege doch darin, dass er ins Handelsregister eingetragen sei, ganz eminent ein Sichgerieren als Kaufmann und zwar als Vollkaufmann.

Staub gibt zwar in § 5 Anm. 2 selbst zu, der § 5 H.G.B. greife für eine Person, die überhaupt kein Gewerbe betreibe, nicht Platz; eine solche Person gelte jedenfalls kraft § 5 nicht als Kaufmann. In dem Excurs zu § 5 Anm. 3 sagt Staub aber: Wenn eine solche Person eingetragen ist, so liegt in dieser Eintragung die Gerierung als Kaufmann und zwar als Vollkaufmann.

Verfasser kann diesen Ausführungen Staubs, dass, wenn jemand im Handelsregister eingetragen sei, ohne dass die Voraussetzungen dafür gegeben seien, darin ganz eminent ein Sichgerieren als Vollkaufmann liege, nicht beipflichten.

Nehmen wir z. B. den Fall an, der Inhaber einer Privatklinik mit vorwiegend ärztlichem Charakter (nennen wir ihn Dr. Fischer), der sich zwar für die Verpflegung der Kranken und für die Benützung der Räume eine Entschädigung zahlen lässt, daraus aber in Wirklichkeit gar keinen Gewinn zieht, sondern Patienten nur deshalb aufnimmt, um schwierige Operationen ausführen zu können, was ihm ohne das Führen einer eigenen Klinik unmöglich wäre, wird, trotzdem er sich dagegen wehrt und den Einwand des mangelnden Gewerbes vorbringt, vom Registerrichter durch hohe Geldstrafen gezwungen, sich eintragen zu lassen. Die Kammer für Handelssachen, bei welcher Dr. Fischer Beschwerde erhoben hat, ändert diese Verfügung der

Registerbehörde, die sie mit Recht für ungerechtfertigt hält.

In diesem Falle kann man doch unmöglich mit Staub ein Sichgerieren als Kaufmann erblicken, wo doch Dr. Fischer sich ausdrücklich geweigert hat, im Rechtsverkehr als Kaufmann auftreten zu wollen und das Beschwerdegericht selbst dem Einwand des mangelnden Gewerbes stattgegeben hat.

Der gleiche Fall wäre, wenn der kein Gewerbe betreibende Eingetragene überhaupt keine Ahnung von dem Eintrag gehabt hat und erst von dem Eintrag erfährt, wenn sich jemand ihm gegenüber auf den § 5 H.G.B. und das Register beruft, oder wenn ein Dritter, um einen schlechten Streich zu spielen, fälschlich eine Firma im Register hat eintragen lassen, oder wenn es sich um ein Versehen des Richters oder Gerichtsschreibers handelt.

Und in all diesen Fällen sollte dem Eingetragenen der Einwand des mangelnden Gewerbes versagt sein?

Nach der Ansicht des Verfassers ergeben sich in den Fällen, in welchen der Eintrag ohne den Willen der Beteiligten ins Handelsregister gekommen ist, gar keine Rechtsfolgen. Von einem Sichgerieren als Kaufmann kann hier überhaupt keine Rede sein, da er sich selbst entweder gar nicht oder nur der Not und dem Zwang gehorchend angemeldet hat.

Der Eingetragene kann also nur nicht geltend machen, dass seinem Gewerbe die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung der Firma fehlen. Wohl kann er aber einwenden, dass er überhaupt kein Gewerbe oder kein Gewerbe mehr betreibe, dass er dasselbe aufgegeben und nur die rechtzeitige Löschung der Firma versäumt habe, oder dass die eingetragene offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft

wegen Geisteskrankheit eines Gesellschafters niemals zur Errichtung gelangt, oder dass sie aufgelöst sei [1]).

§ 5.

Die rechtliche Stellung des Firmeninhabers.

a) Einzelpersonen.

Um die rechtliche Stellung des Firmeninhabers ergründen zu können, müssen wir vor allen Dingen die Begriffsbestimmung der Firma feststellen. Nach § 17 H.G.B. ist die Firma der Name, unter welchem der Kaufmann im Handel sein Geschäft betreibt und die Unterschrift abgibt. Sie ist also der Name der Person und nicht etwa der des Geschäfts.

Nach einer Ansicht des Reichsgerichts (R.G. 14 S. 19) war im früheren Rechte für die Berechtigung der Firmenführung nur Kaufmannsqualität, nicht vorgängige Eintragung erforderlich; während nach dem H.G.B. derjenige, der nach § 2 oder § 3 Abs. 2 Kaufmann wird, sich einer Firma erst nach der Eintragung bedienen darf. „Wer nicht Kaufmann ist, darf auch keine Firma führen."

In der Literatur ist nun meistens die Ansicht vertreten, dass, da nach § 4 Abs. 1 die Bestimmungen des H.G.B. über die Firmen auf Minderkaufleute keine Anwendung finden, Nichtkaufleute und Minderkaufleute überhaupt keine „Firma" führen, sondern ihr Gewerbe nur unter ihrem bürgerlichen Namen ausüben dürfen [2]).

Nach dieser Ansicht hat der Registerrichter, wenn ein Minderkaufmann oder ein sonstiger Gewerbetreibender eine „Firma" führt, die sich mit einem

---

1) Vergl. Düringer und Hachenburg Bd. I § 5 II S. 58.

2) Vergl. Düringer und Hachenburg Bd. I § 17 I S. 97; Lehmann und Ring Bd. I § 4 Nr. 7 S. 41; Staub Bd. I § 17 Anm. 5 S. 108.

bürgerlichen Namen nicht vollständig deckt, auf Grund des § 37 des H.G.B. einzuschreiten und denselben durch Ordnungsstrafen zur Unterlassung des Gebrauchs der Firma anzuhalten.

Ebenso könnte jeder in seinen Rechten verletzte Interessent Unterlassung des Gebrauchs der Firma verlangen (§ 37 Abs. 2 H.G.B.).

Auf die civilrechtliche Gültigkeit der unter einer Firma vorgenommenen Rechtshandlungen ist es aber in der Regel ohne Einfluss, dass der Handelnde zur Firmenführung überhaupt oder zur Führung der von ihm gekauften Firma nicht befugt war [1]).

Eine andere Ansicht vertritt Makower in seinem Kommentar zum H.G.B. Bd. I § 17b S. 39. Er führt dort aus: Auf solche Firmen, welche nicht Firmen im Sinne des H.G.B. sind, finden die Vorschriften desselben über Firmen keine Anwendung. Die Begriffsbestimmung im § 17 H.G.B. ist mithin, da sie durch §4 Abs. 1 H.G.B. eingeengt wird, dahin zu beschränken: „Die Firma ist der Name, unter dem ein Vollkaufmann im Handel seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt."

Auch der Absatz 2 des § 17 H.G.B. findet nur auf Firmen von Vollkaufleuten Anwendung.

Bedient sich daher ein Nichtkaufmann oder ein Minderkaufmann einer Firma, so unterliegt er nicht den Vorschriften des H.G.B. über die Firmen; also findet hier § 37 H.G.B. auch keine Anwendung.

Auf solche Firmen, die nicht Firmen im Sinne des H.G.B. sind, finden die Vorschriften des B.G.B. An-

---

1) Vergl. R.O.H.G. 22 S. 72. So wenig der Mangel der Registrierung einer bestehenden Handlung die Existenz entzieht, ebensowenig sind Rechtsakte ungültig, welche ein unter einer unzulässigen Firma eingetragener Kaufmann unter dieser Firma vorgenommen hat.

wendung, doch nur insoweit, als sie mit dem Namen des Geschäftsinhabers identisch sind (§ 12 B.G.B.).

Ist letzteres nicht der Fall, so werden dennoch solche Firmen — Scheinfirmen wollen wir sie nennen — vom Rechte anerkannt und event. gegen Missbrauch geschützt (vergl. § 8 des Reichsgesetzes über unlauteren Wettbewerb)[1]; sie können ohne die im H.G.B. vorgesehenen Beschränkungen im Privatverkehr geführt und veräussert werden.

Bei Veräusserung sind dieselben jedoch nur dann eintragungsfähig, wenn das Geschäft zur Zeit der Übernahme über den Umfang des Kleinbetriebes hinausgeht, wenn also den Vorschriften des H.G.B. über die Form der entstehenden Firmen genügt ist (vergl. Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichtes Bd. 13 S. 24)[2].

Auch Cosack teilt in seinem Lehrbuch § 16 II S. 72 diese Ansicht. Er führt dort aus: Was geschieht, wenn der Minderkaufmann A in Nichtachtung der letztgenannten Regel mit dem Geschäfte des B auch B's Namen kauft und sich nun B oder B's Nachfolger nennt? Unzulässig ist, dass A durch Ordnungsstrafen angehalten wird, die Führung dieser Scheinfirma zu unterlassen. Wohl aber kann B, indem er den Verkauf des Namens als unverbindlich widerruft, dem A die Führung seines Namens als Scheinfirma

1) Denn § 8 des R.G. vom 27. Mai 1896 sagt ausdrücklich: Wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäftes, eines gewerblichen Unternehmens u. s. w. Für die Anwendung des § 8 ist also nicht erforderlich, dass die Firma im Handelregister eingetragen ist.

2) Gelingt es dem Minderkaufmann, seinen Kleinbetrieb zum Grossbetrieb emporzuheben, so kann ihm damit die Eigenschaft als Vollkaufmann und das Recht erwachsen, seinen bürgerlichen Namen als Firma zu veräussern und zu vererben. Allein einen fremden Namen vermag der Minderkaufmann nicht zur eintragungsfähigen Firma herauszuarbeiten.

verbieten. Auch würde A, wenn er sich des Namens B gegenüber einer Behörde bedient, aus St.G.B. § 360 Ziff. 8 bestraft.

Wir sehen, dass auch Cosack im vorliegenden Falle die Vorschriften des H.G.B. auf Minderkaufleute keine Anwendung finden lässt, dass also § 37 H.G.B. auch hier nicht in Betracht kommt. Dagegen erklärt auch Cosack den § 8 des Ges. über unl. Wettb. v. 1896 auf solche Scheinfirmen für anwendbar, sofern sie von einem Dritten in einer Weise nachgeahmt werden, die subjektiv darauf berechnet oder objektiv geeignet ist, Verwechslungen zwischen ihm und den Firmeninhabern hervorzurufen.

Er gibt also zu, dass, wenngleich man hier nicht von einem Firmenrecht im Sinne des H.G.B.'s sprechen kann, solche Scheinfirmen doch vom Rechte anerkannt und event. gegen Missbrauch geschützt sind [1]).

Auch die Erfahrung des täglichen Lebens spricht für die Auffassung, dass auch ein Minderkaufmann eine solche Scheinfirma führen kann, welche mit seinem bürgerlichen Namen nicht übereinstimmt. Besonders finden wir dies bei Gastwirtschaften und ähnlichen Geschäften. Der Name des ersten Wirtes bleibt eben meistens der Name der Wirtschaft, selbst wenn dieselbe mehrere Male ihren Besitzer gewechselt hat.

Ebensohäufig kommt es vor, dass Schneiderinnen oder Putzmacherinnen, welche bei ihrer Kundschaft unter ihrem Mädchennamen bekannt sind, auch nach ihrer Verheiratung denselben weiterführen. Man sieht eben, dass selbst bei diesen kleinen Geschäften die „alte Firma" einen grossen Wert für den Geschäftsinhaber hat und es liegt doch sicher kein Grund vor, zumal durch die Einstellung des § 15a in die Reichs-

1) Vergl. auch Gareis-Fuchsberger S. 35.

gewerbeordnung [1]) die allerdings für begründet anerkannten Klagen über Täuschungen bezüglich der Persönlichkeit des Gewerbeinhabers für den Verkehr mit Ladengeschäften nnd mit dem Wirtschaftsgewerbe abgestellt wurden [2]), den Geschäftsleuten, die solche Scheinfirmen gebrauchen, die Vorteile, die sie daraus ziehen können, zu nehmen und die Erleichterungen die das Gesetz den Minderkaufleuten gewährt, zu entziehen. Ein Sichgerieren aber als Vollkaufmann, wie Staub behauptet, sieht im täglichen Leben sicher niemand in der Führung solcher Scheinfirmen.

Nach Ansicht des Verfassers ist jedermann berechtigt, sich auf jede ihm beliebende Weise zu bezeichnen, ausser soweit hier ein ausdrückliches gesetzliches Verbot entgegensteht; es können also auch Nichtkaufleute und Minderkaufleute berechtigter Weise unter einer „Firma“ im Verkehre auftreten, ohne sich dadurch als Vollkaufleute zu gerieren.

Sind nun aber solche Scheinfirmen ins Handelsregister eingetragen, so werden die Inhaber, wie wir bereits gesehen haben, infolge dieser Eintragung berechtigt und verpflichtet. Der eingetragene Firmeninhaber hat alle Rechte und Pflichten eines Vollkaufmanns.

So kann z. B. eine von ihnen gemäss § 339 B.G.B.

---

1) Nach der Reichsgewerbeordnung § 15a müssen Gewerbetreibende, die einen offenen Laden oder Gast- und Schankwirtschaft betreiben, ihren Familiennamen und mindestens einen vollen Vornamen — gerade wie die Vollkaufleute — an der Aussenseite oder am Eingang des Ladens oder der Wirtschaft in deutlich lesbarer Schrift anbringen; die Verletzung dieser Pflicht ist mit Kriminalstrafe bedroht.

2) Diesen Paragraphen scheint Yelin in seiner Diss. Tüb. 1902 S. 58, wo er ausführt, dass das Recht zur Führung einer unter Umständen von dem bürgerlichen Namen abweichenden Firma durch Minderkaufleute häufig zu einer Täuschung des Publikums Anlass gebe, nicht im Auge gehabt zu haben.

versprochene Vertragsstrafe, sofern sie nicht gegen § 138 B.G.B. verstösst — denn auch im Handelsverkehr dürfen die guten Sitten nicht verletzt werden — nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 B.G.B. herabgesetzt werden.

Ferner darf er im Falle einer übernommenen Bürgschaft nicht die Einrede der Vorausklage geltend machen. Das Gleiche gilt, falls er nach § 778 B.G.B. aus einem Kreditauftrag als Bürge haftet (§ 349 H.G.B.). Ebenso finden auf ihn die Vorschriften des § 766 Satz I, des § 780 und § 781 Satz 1 B.G.B. keine Anwendung; sein Bürgschaftsversprechen, sein abstraktes Schuldversprechen, sein Schuldanerkenntnis sind also für ihn formlos verbindlich.

Während nach dem B.G.B. der Käufer grundsätzlich nicht verpflichtet ist, die gelieferte Sache auf etwaige Mängel zu prüfen und die etwa entdeckten Mängel anzuzeigen, gilt die unverzügliche Rüge- und Untersuchungspflicht im H.G.B., falls der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist. Ist nur eine beider Parteien Kaufmann, so ist — im Gegensatz zum A.H.G.B. Art. 347 — die Anwendung des § 377 ausgeschlossen[1]).

---

1) Staub (§ 377 Anm. 154) nimmt an, dass das Prinzip, welches § 377 H.G.B. für den zweiseitigen Handelskauf aufstellt, auch für einseitige Handelskäufe, wenn auch in abgeschwächter Weise gilt, und dass nicht die Vorschriften des B.G.B. Platz greifen. Er geht davon aus, dass Literatur und Praxis, obwohl im Artikel 347 des A.H.G.B. die Rügepflicht nur für Distanzgeschäfte gegeben war, für Platzgeschäfte in dieser Hinsicht nicht einfach die Vorschriften des B.G.B. gelten liess. Vielmehr wurde angenommen, dass es beim Handelskauf überhaupt eine allgemeine Anschauung des Handelsverkehrs ist, dass der Käufer die ihm gelieferte Ware alsbald untersuchen und den Mangel anzeigen muss. Man hatte von diesem Gesichtspunkte aus das Prinzip, welches der Artikel 347 für Distanzgeschäfte aufgestellt hatte, in ähnlicher, wenn auch nicht ganz so strenger Weise für Platzgeschäfte angenommen (vergl. Staub 5. Aufl. § 48 zu Artikel 347).

Das Gleiche gilt auch für die Aufbewahrungspflicht im Sinne des § 379 H.G.B.

Bekanntlich hat das B.G.B. (§ 246) als gesetzlichen Zinsfuss 4% festgesetzt; beruht jedoch die zu verzinsende Schuld auf einem beiderseitigen Handelsgeschäft, sind also beide Kontrahenten Kaufleute, so tritt gemäss § 352 H.G.B. der höhere Satz von 5% ein.

Ferner haben Kaufleute das Recht, Provision auch ohne Verabredung zu fordern (§ 354 H.G.B.).

Der § 363 H.G.B. bestimmt für den Sonderfall einer kaufmännischen Anweisung zusätzlich eine besondere Übertragungsform neben der nach § 792 B.G.B. zulässigen schriftlichen, mit Aushändigung der Urkunden verbundenen Übertragung. Anweisungs- und Verpflichtungsscheine sind nämlich indossabel, wenn sie an Ordre lauten und der Angewiesene resp. Verpflichtete Kaufmann ist (§ 363 H.G.B.).

Auch die Bestimmungen des B.G.B. §§ 929ff. über den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen sind im § 336 H.G.B. bedeutend erweitert, insofern nämlich der gute Glaube des Erwerbers sich nicht auf das Eigentum des Veräusserers oder Verpfänders zu erstrecken braucht. Das Eigentum resp. Pfandrecht wird schon

---

Dieser Ansicht kann Verfasser nicht beipflichten; denn schon die Denkschrift S. 224 bemerkt wenigstens in Bezug auf den Fall, dass bei einseitigem Handelskauf der Verkäufer Kaufmann ist, dass, wenn das B.G.B. den Käufer, weil er häufig nicht die nötige Sachkunde und Erfahrung habe, zur sofortigen Untersuchung der Ware nicht verpflichte, auch im H.G.B. nicht einem Käufer, der nicht Kaufmann ist, eine solche Verpflichtung bloss deshalb auferlegt werden dürfe, weil er von einem Kaufmann gekauft habe. Übrigens verstösst die Staubsche Auffassung auch gegen die Vorschriften des § 346 H.G.B.

Es gelten eben für den einseitigen Handelskauf an sich lediglich dieselben Grundsätze wie für ein Kaufgeschäft unter zwei Nichtkaufleuten (vergl. R.G. Bd. 49 S. 159, Lehmann in Z. f. H. Bd. 52 S. 24 Anm. 36).

dann erworben, wenn man der Ansicht war, dass der Veräusserer das Verfügungsrecht über die Sache hatte.

Nach § 369 H.G.B. haben Kaufleute wegen ihrer Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften gegeneinander ein besonderes handelsrechtliches Zurückbehaltungsrecht.

Auch Prokura kann der eingetragene Firmeninhaber erteilen (§ 48 H.G.B.).

Ist dieselbe formgemäss erteilt, so ist die betreffende Person Prokurist mit allen Rechten und Pflichten eines solchen gemäss den Vorschriften der §§ 48—53 H.G.B.

Sofern jedoch der Firmeninhaber nicht eingetragen oder die Firma wieder gelöscht ist, kann er keine Prokura erteilen, die von ihm ausgestellten Vollmachten sind dann lediglich nach bürgerlichem Rechte (B.G.B. §§ 167—176) zu beurteilen[1]).

Die von einem eingetragenen Firmeninhaber in seinem Geschäfte für Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellten Personen sind Handlungsgehilfen, die in demselben mit kaufmännischen Diensten beschäftigten Lehrlinge sind Handlungslehrlinge. Ihr Verhältnis zum Prinzipal ist demnach nicht nach den Vorschriften über den Dienstvertrag gemäss der §§ 611 bis 630 B.G.B. zu beurteilen, sondern es finden die §§ 59—83 H.G.B. Anwendung, die für sie vorteilhafter sind, insofern sie auf den Gehalt und Unterhalt, der ihnen vom Prinzipal bei unverschuldetem Unglück für die Dauer von 6 Wochen nach § 63 H.G.B. gewährt werden muss, Beträge aus Kranken- und Unfallversicherungskassen sich nicht anrechnen zu lassen brauchen, während § 616 B.G.B. gerade das Gegenteil vorschreibt.

Diesen Vorteil wiegt aber der Nachteil, dass ein

---

1) Vergl. Düringer Bd. I S. 47 Nr. 4, ebenso Staub Bd. I S. 204.

Handlungsgehilfe nur mit der Erlaubnis des Prinzipals ein Handlungsgewerbe betreiben oder Handelsgeschäfte in der Branche desselben abschliessen darf, bei weitem auf. Verletzt er dieses Konkurrenzverbot, so kann der Prinzipal Schadenersatz fordern oder verlangen, dass der Handlungsgehilfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und allen aus ihnen gezogenen Gewinn dem Geschäftsherrn herausgebe (§ 60, 61 H.G.B.).

Ein weiterer und noch grösserer Nachteil für den Handlungsgehilfen ist in den dem Prinzipal im Fall der Vereinbarung einer Konkurrenzklausel gemäss § 74 H.G.B. zustehenden Rechten zu erblicken[1]).

Wie steht es nun mit der Übertragung der Firma?

Nach § 22 H.G.B. darf, wer ein bestehendes Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todeswegen erwirbt, für das Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich einwilligen. Doch ist diese Übertragbarkeit der Firma durch § 23 H.G.B. insofern eine bedingte, als die Firma nicht ohne das Handelsgeschäft veräussert werden kann.

Ob der Firmeninhaber ein Vollkaufmann sein muss, spricht das Gesetz nicht aus. Jedenfalls kann aber ein Minderkaufmann nicht in Betracht kommen, da er nach § 4 Abs. 1 H.G.B. kein Firmenrecht hat.

Wie steht es aber mit dem Scheinkaufmann?

---

1) Verschiedene Handelskammern (z. B. Hamburg) haben und zwar vollständig mit Recht gegen das Konkurrenzverbot und die Konkurrenzklausel in letzter Stellung genommen. Hauptsächlich letztere ist sozial äusserst bedenklich, denn sie erschwert den Gehilfen das Fortkommen ausserhalb ihrer jetzigen Dienststellung und macht sie daher von ihrem Prinzipal gar zu abhängig.

Hier stehen sich die Ansichten von Düringer und Staub vollständig entgegen[1]).

Während Staub sonst fast alle Vorschriften der Vollkaufleute auch auf die Geschäfte „seiner Scheinkaufleute" angewendet wissen will, hält er es in diesem Falle nicht für genügend, dass der Veräusserer kraft § 5 H.G.B. zufolge der Eintragung als Vollkaufmann gelte, und zwar begründet er diese Ansicht damit, weil der zu Unrecht Eingetragene kein Firmenrecht habe und dasselbe nicht veräussern könne; der in § 5 ausgesprochene, dem Wortlaut nach ganz allgemein gehaltene Grundsatz erleide eben mannigfache, durch die Natur der Sache gebotene Einschränkungen; der Erwerber sei auch nicht durch seinen guten Glauben geschützt. Was für Einschränkungen dies aber sein sollen, spricht Staub nicht aus!

Dagegen gibt Staub an einer anderen Stelle[2]) selbst zu, dass, wenn eine Firma zu Unrecht in das Handelsregister eingetragen und dann veräussert oder erst veräussert und dann eingetragen sei, in diesen Fällen § 5 H.G.B. Platz greife. Der Nachfolger gelte gleichfalls als Vollkaufmann, müsse also sowohl berechtigt sein, Rechtsfolgen aus seinem Eintrag für sich herzuleiten, als auch verpflichtet sein, solche gegen sich gelten zu lassen.

Düringer spricht den Scheinkaufleuten ein Firmenrecht zu; dieselben können ihr Geschäft und ihre

1) Düringer und Hachenburg Bd. I S. 109 II: Ist die Firma im Handelsregister eingetragen, so findet § 22 auch dann Anwendung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 2 und 3 Abs. 2 im übrigen nicht gegeben sind.

Staub Bd. I S. 125: Nicht genügend ist es zur Anwendung des vorliegenden Paragraphen, dass der Veräusserer gemäss § 5 zufolge der Eintragung als Vollkaufmann gilt, während er es in Wahrheit nicht ist.

2) Staub Bd. I S. 140 Anm. 6.

Firma veräussern und übertragen. Der Nachfolger darf also ohne weiteres die Firma seines Vorgängers weiterführen. Diese Auffassung geht aber entschieden zu weit.

Verfasser teilt insofern die Ansicht Düringer und Hachenburgs, als der Erwerber auf Grund der Vorschriften des H.G.B. die Berechtigung zur Firmenführung erlangt hat[1]), nicht aber, dass der Nachfolger ohne weiteres berechtigt sei, die Firma des Veräusserers weiter zu führen, was schon im Interesse der Rechtssicherheit und mit Rücksicht auf das Verkehrsinteresse zu verurteilen wäre.

Staub erklärt nun für all die vorgenannten Fälle[2]) das Gelten als Kaufmann infolge Auftretens im Rechtsverkehr für genügend, um die Ausnahmebestimmungen des H.G.B. anwenden zu können. Wenn z. B. ein nicht eingetragener Scheinkaufmann das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht geltend macht, so soll die nur für Vollkaufleute gültige Ausnahmebestimmung des § 369 H.G.B. auch dann Anwendung finden, wenn der Gegenkontrahent ihn fälschlich als Kaufmann angesehen hat, weil derselbe sich als solcher gerierte. Einen Grund hierfür führt Staub nicht an.

Dieser Standpunkt Staubs wird sich schwer halten lassen; denn wenn ein Kleingewerbetreibender seinem Geschäfte auch einen kaufmännischen Anstrich gegeben hat, so ist es dadurch doch nicht zu einem kaufmännischen geworden; er ist nicht Kaufmann und ein von ihm abgeschlossener Vertrag ist auf seiner Seite niemals Handelsgeschäft, also finden die Vorschriften über das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht auf ihn auch keine Anwendung.

---

1) Ähnlich bei der Veräusserung der Scheinfirma (S. 39).

2) Ausnahme: Bei der Bestellung des Prokuristen (vergl. S. 44).

Schon in der Denkschrift (S. 15) finden wir die Erwägung, ob es nicht bedenklich erscheine, wenn man einer unrechtmässigen Eintragung die Wirkung beilege, dass sie sogar Rechte erzeugen könne. Es könnte dadurch mancher Gewerbetreibende veranlasst werden, sich eintragen zu lassen und gestützt auf diesen Eintrag aller möglichen Vorteile des Handelsstandes teilhaftig werden.

Dies sucht Düringer in Holdheims Monatsschrift (Bd. 8 S. 243/44) zu widerlegen, wo er ausführt: Es ist nicht zu befürchten, dass sich Gewerbetreibende zum Handelsregister hinzudrängen würden, welche nicht hineingehören; die Übernahme der Pflichten des Kaufmanns, die Beiziehung der eingetragenen Kaufleute zu der Besteuerung für die Handelskammer, die Kosten der Eintragung und der Veröffentlichung werden in der Regel für die grosse Masse nicht eintragungspflichtiger Gewerbetreibenden ein hinlänglicher Grund sein, die Anmeldung zu unterlassen.

Ausserdem ergibt sich aus dem § 12 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit[1]) eine gewisse Prüfungspflicht des Registerrichters, der eventuell die Angaben des Anmeldenden zu prüfen, resp. Nachweise für die Richtigkeit zu fordern hat, um einer unrichtigen Eintragung vorzubeugen.

Ferner hat ja das Gesetz, um nach Möglichkeit für die Übereinstimmung der wahren Sachlage mit der Anmeldung Gewähr zu leisten, den zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organen (Handelskammern, Ältesten der Kaufmannschaft) die Pflicht auferlegt, behufs Verhütung unrichtiger Eintragungen, sowie behufs der Berichtigung und Vervollständigung des Handels-

1) § 12 d. Ges. d. freiw. Ger.: Der Registerrichter hat von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen.

registers, die Registergerichte zu unterstützen. (Vergl. § 126 des Gesetzes über die Ang. d. freiw. Ger.)

Wir sehen also, dass bereits der Gesetzgeber, ganz abgesehen davon, dass sich ohnedies infolge der Pflichten, die der Eingetragene zu erfüllen hat, die Gewerbetreibenden jedensfalls nicht zum Handelsregister hinzudrängen werden, durch mancherlei Vorschriften die Erschleichung der Vorteile, die die Eintragung mit sich bringen würde, zu verhindern gesucht hat.

Und dann hat ja auch der Scheinkaufmann, der, um andere Leute zu täuschen, sich zum Handelsregister angemeldet hat und fälschlicherweise eingetragen wurde, neben den Vorteilen alle Nachteile zu tragen, allen aus seiner Täuschung entstehenden Schaden zu ersetzen.

b) Personenvereinigungen.

Nach § 4 Abs. 2 H.G.B. können Minderkaufleute keine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft gründen, weil diese Gesellschaftsformen einen Gewerbebetrieb unter gemeinschaftlicher Firma voraussetzen. Vereinigen sich Minderkaufleute [1]) zum gemeinsamen Betrieb eines Gewerbes, so ist die Gesellschaft lediglich nach bürgerlichem Recht zu beurteilen.

Ist aber die Firma einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft einmal im Handelsregister eingetragen, so finden die in Betreff auf Einzelkaufleute gegebenen Vorschriften des § 5 H.G.B. auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung (§ 6 H.G.B.). Es schliesst also die Eintragung den Einwand aus,

1) Selbstverständlich können aber Minderkaufleute ebenso wie jeder Nichtkaufmann an einer Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft, Gesellschaft m. b. H., Genossenschaft sich beteiligen oder Kommanditisten im Geschäft eines Vollkaufmanns oder stille Teilhaber im Geschäfte eines anderen sein.

dass das Gewerbe ein Handelsgewerbe oder ein Kleingewerbe sei.

Die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft nach aussen tritt mit dem Zeitpunkt der Eintragung ein, selbstverständlich, soweit sie nicht schon früher durch den Beginn der Geschäfte eingetreten ist, wie § 123 Abs. 2 H.G.B. sagt.

Der Gesetzgeber stellt einen Gesellschaftsvertrag als begriffswesentlichstes Erfordernis hin [1]). Damit ist der Ansicht derjenigen, die hierin nur ein Naturale erblickten und lediglich die Tatsache, dass mehrere Personen unter gemeinschaftlicher Firma ein Handelgewerbe betreiben, für genügend erklärten, entgegengetreten [2]).

Ohne Gesellschaftsvertrag kann keine offene Handelsgesellschaft bestehen.

Wohl zu weitgehend dürfte die Ansicht Makowers sein, der behauptet: Ist ein gültiger Gesellschaftsvertrag geschlossen, so ist aus § 123 Abs. 3 H.G.B. zu folgern, dass eine Gesellschaft im Sinne des § 123 H.G.B. dennoch vorliegt, mag in demselben auch der Gesellschaftsbeginn auf einen erst künftigen Zeitpunkt festgesetzt sein. (Vergl. Makower Bd. I S. 222.)

Denn nach § 123 Abs. 2 H.G.B. ist die Eintragung

---

1) Der § 705 B.G.B. setzt als Grundlage jedes Gesellschaftsverhältnisses einen Vertrag voraus. Derselbe gilt auch für die offene Handelsgesellschaft, was wir aus der Denkschrift S. 79 ersehen können: „Der Entwurf geht davon aus, dass die offene Handelsgesellschaft ihrem Wesen nach auf Gesellschaftsvertrag beruht und nicht, wie dies für das geltende Recht von einzelnen Seiten angenommen wurde, als ein Verhältnis betrachtet werden kann, durch das ohne Rücksicht auf die zu Grunde liegenden inneren Beziehungen der Beteiligten lediglich die Haftung für die Schulden eines unter gemeinschaftlicher Firma betriebenen Handelsgewerbes geregelt wird."

2) Vergl. Laband in Z. f. H. 30 S. 509 ff. Staub 5. Aufl. Art. 86 § 6g, Staub 6. Aufl. § 123 Anm. 16.

ins Handelsregister, wenn es sich um eine Handelsgesellschaft handelt, die auf Grund des § 2 H.G.B. entsteht, der früheste Zeitpunkt für den Eintritt der Wirksamkeit. Aus der Wesentlichkeit des Gesellschaftsvertrags ergibt sich, dass Vereinbarungen, die in Widerspruch mit der Natur des Gesellschaftsvertrages stehen (societas leonina), auch die Existenz der offenen Handelsgesellschaft in Frage stellen. Nach § 5 H.G.B. müssen aber die Scheingesellschafter, die die Eintragung veranlassen, sich, solange die Eintragung dauert, als offene Handelsgesellschafter behandeln lassen und unterstehen demgemäss der Haftung aus § 128 H.G.B. (Vergl. R.G. Bd. 40 S. 146).[1])

Entschieden viel zu weitgehend ist die Ansicht Staubs, dass die Geltung als offene Handelsgesellschaft auf jedem kaufmännischen Auftreten im Rechtsverkehr beruhen kann.

Führen auch mehrere Minderkaufleute oder Nichtkaufleute, die zusammen ein Geschäft betreiben, eine gemeinschaftliche Scheinfirma, so liegt hierin ebensowenig ein Sichgerieren als offene Handelsgesellschaft, wie wir auch schon beim Einzelkaufmann festgestellt haben, dass in der Führung einer mit dem bürgerlichen Namen nicht übereinstimmenden Scheinfirma ein Sichgerieren als Vollkaufmann nicht zu sehen sei. Es handelt sich hier eben geradeso, wie bei den Gelegenheitsgesellschaften (früher A.H.G.B. Art. 266—270[2]) um Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und für diese

1) R.G. Bd. 40 S. 146: Trotzdem durch die unrechtmässige Eintragung in das Handelsregister als offene Handelsgesellschaft der Charakter der letzteren nicht erworben wurde, so ist doch in der Eintragung die Erklärung zu finden, dass die Gesellschafter wie Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch und mit ihrem ganzen Vermögen haften wollen.

2) Vergl. Staub Bd. I Excurs zu § 342 S. 1019 ff.

besteht, wie wir schon gesehen haben, durchaus Namensfreiheit. Wenn z. B. sich eine Vereinigung zur Emission von Wertpapieren, bestehend aus drei oder vier Einzelbankiers, bildet, so können sie — nehmen wir an sie heissen Müller, Steiner, Graf und Schulze — die Anleihe zweifellos unter dem Namen Steiner & Co. abschliessen, ohne dass man darin ein Sichgerieren als offene Handelsgesellschaft sehen kann. (Vergl. R.G. Bd. 56 S. 207, Makower Bd. I § 105 II d.)

Während bekanntlich die handelsrechtlichen Gesellschaftsformen bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft den Minderkaufleuten überhaupt verschlossen sind, sind sie ihnen und natürlich auch den Scheinkaufleuten bei der Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung zugängig. Die Aktiengesellschaft ist rechtsfähiger Verein im Sinne des B.G.B. Denn man wird annehmen dürfen, dass, wie nach § 105 Abs. 2 H.G.B. auf die offenen Handelsgesellschaften die Vorschriften des B.G.B. Anwendung finden, dies auch in Bezug auf die Aktiengesellschaft für die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über rechtsfähige Vereine der Fall ist (§ 24—53 B.G.B.).

Jedenfalls sind aber die Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft (§ 705 ff B.G.B.) nicht ergänzend anwendbar auf die Aktiengesellschaft[1]).

Die Aktiengesellschaft ist immer Handelsgesellschaft, hat also immer kaufmännischen Charakter, mag auch der Gegenstand ihres Unternehmens kein Handelsgewerbe sein. Das A.H.G.B. regelte nur das Recht der Aktiengesellschaft, die gewerbsmässig Handelsgeschäfte betrieb.

1) Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften Bd. I S. 249; Makower Bd. I S. 347.

Ihre einzelnen Geschäfte sind, weil von einer mit Kaufmannseigenschaft ausgestatteten Gesellschaft im Betrieb ihres Handelsgewerbes geschlossen, nach § 343 H.G.B. Handelsgeschäfte. (Vergl. R.O.H.G. Bd. 22 S. 327.)

Die einzelnen Aktionäre dagegen sind für ihre Person Nichtkaufleute; nur die Aktiengesellschaft als solche betreibt das Geschäft und gilt deshalb als Vollkaufmann, selbst wenn nach dem Umfang des Gewerbebetriebs nur das Gewerbe eines Minderkaufmanns vorliegt; ihre Rechte und Pflichten werden nach ausdrücklicher Bestimmung des § 6 Abs. 2 H.G.B. durch die von dem Minderkaufmann geltenden Vorschriften nicht berührt. Sie hat stets eine Firma, ist zur Buchführung verpflichtet und kann Prokura erteilen; auch sind die von ihr beschäftigten Personen, gleichviel, worin der Gegenstand des Unternehmens besteht, für ein Handelsgewerbe tätig und deshalb Prokuristen, Handlungsgehilfen, Handlungslehrlinge.

Wie steht es nun, wenn das Unternehmen gar kein gewerbliches ist, sondern wenn z. B. irgend ein Verein, der einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt, um die Schutzbestimmung des § 61 B.G.B. zu umgehen, oder sonst eine gemeinnützige Unternehmung, wie z. B. ein Volksbad, sich als Aktiengesellschaft konstituiert?

Makower und Staub [1]) vertreten die Ansicht, dass, weil ja solche Vereine kein Gewerbe betreiben, auch die Geschäfte dieser Aktiengesellschaften keine Handelsgeschäfte seien und die Vorschriften des H.G.B. auf sie keine Anwendung finden würden.

Verfasser möchte in diesem Punkte Lehmann und Ring beipflichten, die in ihrem Kommentar S. 429 ff.

---

1) Vergl. Makower Bd. I § 210 Anm. III S. 445; Staub Bd. I § 210 Anm. 13—15 S. 636.

jedes Unternehmen einer Aktiengesellschaft als Handelsgewerbe und somit die Geschäfte derselben als Handelsgeschäfte gemäss § 343 H.G.B. ansehen.

Denn konstituiert sich einmal ein derartiger Verein in der Form einer Aktiengesellschaft, um auf diese Weise juristische Persönlichkeit zu erlangen, so finden eben die Vorschriften des H.G.B. auf ihn Anwendung. Die Aktiengesellschaft gilt stets als Handelsgesellschaft. Sie wird somit nach § 6 Abs. 1 H.G.B. schlechthin als Kaufmann behandelt, und da Kaufmann im Sinne des H.G.B. ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt (§ 1 Abs. 1 H.G.B.), so gilt die Aktiengesellschaft stets als ein Handelsgewerbe betreibend. Der Verein zieht die Vorteile, die ihm diese Konstituierung als Aktiengesellschaft mit sich bringt; ebenso hat er auch die handelsrechtlichen Verpflichtungen zu tragen.

§ 6.

Beginn und Ende der konstitutiven Wirkung des § 5.

Mit welchem Zeitpunkt die konstitutive Wirkung des § 5 H.G.B. in Kraft tritt und wann dieselbe endigt, darüber gibt das Gesetz selbst keinen Aufschluss.

Diese Frage ist schon vielfach erörtert worden, doch gehen auch hierin die Ansichten auseinander.

Die einen [1]) wollen die konstitutive Wirkung bereits mit der Eintragung, andere [2]) wieder erst mit der hinzutretenden Bekanntmachung Dritten gegenüber in Kraft treten lassen.

Lehmann und Ring führen aus, die unwiderlegbare Rechtsvermutung bestehe bereits mit der Eintragung,

1) Vergl. Lehmann und Ring Bd. I S. 44; Düringer und Hachenburg Bd. I S. 86/87; Goldmann Bd. I S. 35; Cosack S. 36; Makower Bd. I S. 36.

2) Staub Bd. I S. 87 Anm. 12.

gleichgültig, ob sie auf Grund einer Anmeldung oder ohne solche erfolgt sei[1]), und zwar genüge schon die Eintragung in das Register der inländischen Hauptniederlassung. Einer Eintragung in das Handelsregister der Zweigniederlassung bedürfe es nur dann, wenn die Hauptniederlassung im Ausland liege. Sie entstehe also durch die Eintragung allein, der Bekanntmachung bedürfe es nicht; doch könne sich gemäss § 15 Abs. 1 H.G.B. der Dritte, solange die Bekanntmachung noch nicht erfolgt sei, auf seine Unbekanntschaft mit der Eintragung und deren Folgen nach § 5 berufen.

Staub geht von dem Grundsatze aus: Wer auf Grund des § 5 H.G.B. als Kaufmann gilt, kann dies dem Dritten doch nur entgegenhalten, wenn der Eintragung die Publikation gefolgt ist. So entsteht z. B. zwar eine Aktiengesellschaft durch Eintragung (§ 200 H.G.B.), aber dass eine Gesellschaft eine Aktiengesellschaft ist, kann, wenn es darauf ankommt, dem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn die Eintragung auch publiziert war.

Nach Staub liegt also in den Fällen der §§ 2 und 3 Abs. 2 H.G.B. (Eintragung der Soll- und Kannkaufleute), § 5, § 200 und § 277 Abs. 3 (die Beschlüsse der Generalversammlung auf Statutenänderung erhalten erst durch Eintragung Rechtswirksamkeit) die eigentliche Bedeutung nicht in der Eintragung allein, sondern in der Eintragung und Bekanntmachung[1]), und in all den Fällen, in denen sie konstitutiv wirkt, hat sie auch deklaratorische Kraft, d. h. die Bedeutung der öffentlichen Verlautbarung einer auch anderweit zu beweisenden und wirkenden Tatsache (vergl. Staub Bd. I

---

1) Vergl. Cosack S. 37.

2) Mit Ausnahme des § 32 H.G.B. (Registerpflicht des Konkurses).

S. 87 Anm. 12); denn erst auf Grund dieser Akte können jene Rechtsverhältnisse jedem Dritten gegenüber entgegengehalten werden.

Kommt nun für den Fall des § 5 H.G.B. die Publizitätswirkung des § 15 Abs. 2 H.G.B. in Ansatz?

§ 15 H.G.B. behandelt die materiell rechtlichen Wirkungen der Publizität des Handelregisters; er begründet eine Rechtsvermutung, dass die eingetragene und bekanntgemachte Tatsache auch wirklich jedem bekannt ist.

Gareis vertritt in seiner Handausgabe S. 25 die Ansicht, dass der § 5 H.G.B. eine Ausnahme des § 15 H.G.B. sei; es komme in den Fällen, in denen der Eintragung eine konstitutive Wirkung zukomme, diese Wirkung also eine absolute sei, auf Bekanntsein, Nichtkennen und Kennenmüssen in keinem Falle an.

Dadurch würden aber die unrechtmässigen Einträge vor den rechtmässigen bevorzugt, denn der rechtmässige Firmeneintrag lässt bekanntlich selbst nach der Publikation noch den Einwand des Nichtkennens und Nichtkennenmüssens zu, während dies nach Gareis bei den unrechtmässigen Einträgen vollständig ausgeschlossen ist.

Makower führt in seinem Kommentar Bd. I S. 35 aus, das „ist die Tatsache eingetragen“ weise auf das einzutragende Tatsache in Abs. 1 zurück. Hieraus folge, dass § 15 Abs. 2 H.G.B. nur anwendbar sei, wenn die eingetragene Tatsache erstens richtig und zweitens eintragungspflichtig sei; unrechtmässige Firmeneinträge seien als keine „einzutragende Tatsache“.

Um nun diese nicht wünschenswerte Bevorzugung unrechtmässiger Einträge vor den rechtmässigen zu vermeiden, schlägt Finger (Diss. S. 66) in Anlehnung an die Makowerschen Ausführungen vor, „man müsse als Tatsachen im Sinne des § 15 Abs. 2 H.G.B. nicht

sowohl richtige, d. h. wahre erfordern, sondern an sich eintragungsberechtigte oder eintragungspflichtige, gleichviel, ob sie nun wirklich vorliegen oder gar nicht bestehen, vielmehr nur vorgeschützt werden".

Diese Ansicht geht aber entschieden zu weit.

Denn hätte der Gesetzgeber gewollt, dass die Publizitätswirkung des § 15 H.G.B. auf § 5 H.G.B. sich erstrecken solle, so hätte er doch sicher in § 5 entweder auf § 15 hingewiesen oder die „Bekanntmachung" erwähnt.

Verfasser ist auf Grund der obigen Erörterungen der Ansicht, dass für den Beginn der konstitutiven Wirkung die Anwendung des § 15 H.G.B. auf den Fall des § 5 H.G.B. ausgeschlossen ist; die konstitutive Wirkung tritt also Dritten gegenüber mit der Eintragung ein, unabhängig von der Bekanntmachung.

Nach allgemeinen Grundsätzen dauert die konstitutive Wirkung des § 5, solange die Eintragung im Handelsregister steht. Die unwiderlegliche Rechtsvermutung wird also beseitigt mit der Löschung der Firma (Denkschr. S. 19).

Die Löschung kann sowohl auf Antrag des Firmeninhabers oder eines Dritten geschehen (§ 14 H.G.B.) als auch durch die Registerbehörde von Amts wegen vorgenommen werden (§ 142 d. Ges. ü. d. A. freiw. Ger.)[1]).

1) Wenn § 142 d. Ges. ü. d. A. d. freiw. Ger. sagt, das Registergericht . . . kann löschen, so ist nicht mit Gareis S. 25 Handausg. anzunehmen, dass das Gericht löschen kann und muss, vielmehr räumt der Gesetzgeber dem Registergericht nur die Fakultät ein zu löschen. Es ist hier seine Befugnis zur Löschung ausgedrückt, wobei der Registerrichter sachgemässes Ermessen walten lassen muss. Denn wäre das Gericht zur Löschung verpflichtet, so würde, wie an anderer Stelle — bei gesetzwidrigen Eintragungen im Schiffsregister und im Grundbuch — der Gesetzgeber die Eintragung eines Widerspruchs der Registerbehörde zur Pflicht gemacht hat (§ 119 d. G. d. f. G. und § 54 G.B.O.), dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt sein. (Vergl. Düringer in d. Jur.

Sie hat natürlich im Handelsregister der Hauptniederlassung zu erfolgen, zugleich auch in dem der Zweigniederlassung, weil sonst die praesumptio juris et de jure gemäss § 5 H.G.B. fortbestehend und § 15 Abs. 3 H.G.B. analoge Anwendung finden würde [1]).

Das Erlöschen der Firma ist nach den §§ 31 Abs. 2 eine einzutragende und bekanntzumachende Tatsache.

Deshalb muss auch für das Ende der konstitutiven Wirkung des § 5 H.G.B. die Publizitätswirkung des § 15 H.G.B. Anwendung finden.

Wenn daher dem Dritten die Löschung der Firma nicht bekannt war, so braucht er dieselbe, solange sie nicht publiziert ist, nicht gegen sich gelten zu lassen.

Die Denkschrift S. 19 steht zwar auf dem Standpunkt, dass nach der Löschung der Firma für die Folgezeit die im § 5 H.G.B. vorgesehene Wirkung der Eintragung nicht mehr geltend gemacht werden könne. Aber, wie wir gesehen haben, hat der Gesetzgeber im § 15 H.G.B. die Publizitätswirkung normiert und dieser § 15 findet in unserem Falle Anwendung.

Eine Klage gegen den Firmeninhaber auf Löschung und damit auf Beseitigung der Rechtsvermutung aus dem Gesichtspunkt, dass er kein Vollhandelsgewerbe, sondern nur ein Kleingewerbe betreibe, ist ausgeschlossen, wie diese auch seinerseits nicht etwa im Wege der Feststellungsklage die wahre Eigenschaft seines Gewerbes offenlegen lassen kann. Denn jede Geltendmachung ist gegenüber der Berufung auf die Eintragung ausgeschlossen [2]).

Welche Bedeutung hat nun die Löschung der Firma

Ztg. Bd. 4 S. 168, Schultze-Görlitz. R.G. ü. d. A. d. f. G. § 142, S. 280, Anm. 1 b, Schneider, dass. Ges. § 142 Anm. 4.

1) Vergl. Lehmann und Ring Bd. I S. 44 Nr. 2.

2) Vergl. Lehmann und Ring Bd. I S. 44 Nr. 2.

für Rechtsgeschäfte, die während der Dauer der Eintragung abgeschlossen worden sind?

Kann z. B. ein Scheinkaufmann, der eine mündliche Bürgschaft gemäss § 350 H.G.B. übernommen und vor der Löschung gezahlt hat, nach Erfolg der Löschung Rückzahlung verlangen mit der Begründung, dass seine Registrierung unrechtmässig gewesen sei?

Mit Recht ist diese Frage von Düringer in der Jur. Ztg. Bd. IV S. 168 und von Schirrmeister in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 49 S. 38 verneint worden [1]); denn würde man nicht für diese Fälle den Satz aufstellen, dass die Löschung keine Rückwirkung auf die konstitutive Wirkung eines Firmeneintrags des § 5 H.G.B. gegenüber Dritten, die im Vertrauen auf den Registereintrag kontrahiert haben, hat, so würde die Rechts- und Verkehrssicherheit, zu deren Schutz § 5 vom Gesetzgeber eingestellt wurde, ganz erheblich notleiden. (Vergl. Finger Diss. S. 54.)

Wie steht es aber, wenn die Löschung vor Ausklagung des Bürgschaftsversprechens erfolgt ist? Besteht die konstitutive Wirkung des § 5 H.G.B. für solche Rechtsverhältnisse auch für die Zeit nach der Löschung?

Der eingetragen gewesene Scheinkaufmann kann hier nicht einwenden, sofern er aus seinem Bürgschaftsversprechen gemäss § 350 H.G.B. verklagt wird, er gelte nicht mehr als Kaufmann, folglich finden auch die Vorschriften des H.G.B. auf ihn keine Anwendung.

Die Rechtsgeschäfte, die während der Geltung des Eingetragenen als Kaufmann abgeschlossen wurden, sind vielmehr auch nach dem Wegfall der Kaufmannsgeltung als Handelsgeschäfte anzusehen, und die auf

---

1) Auch nach den Vorschriften des B.G.B. (§ 766 B.G.B.) ist eine Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen.

Grund des § 5 H.G.B. erworbenen Rechte Dritter sind auch nach der Firmenlöschung aufrecht zu erhalten [1]).

Veräussert nun ein Scheinkaufmann sein Geschäft und seine Firma, so will Staub auf den Erwerber den § 22 H.G.B. nicht Anwendung finden lassen; denn wie wir schon oben S. 46 gesehen haben, kann der Erwerber einer solchen Firma kein Firmenrecht erwerben. Der Registerrichter kann ihn zur Löschung anhalten, ein Dritter in seinen Rechten Verletzter kann ihn auf Unterlassung des Firmengebrauchs und auf Löschung der Firma verklagen. (Vergl. Staub Bd. I S. 126.)

Nach Düringer und Hachenburg Bd. I S. 109 dagegen findet § 122 H.G.B. auch dann Anwendung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 2 und 3 Abs. 2 im übrigen nicht gegeben sind, die Firma aber im Handelsregister eingetragen ist, also auch im Fall des § 5 H.G.B.

Eine zwischen Staub und Düringer vermittelnde Ansicht vertritt Finger Diss. S. 56. Nur wenn der Nachfolger inzwischen die Berechtigung zur Führung einer Firma erlangt hat (z. B. auf Grund des § 2 H.G.B. durch Erweiterung des Geschäftsumfanges), darf er die Firma seines Vorgängers weiterführen.

Diese Ansicht deckt sich mit derjenigen des Verfassers, die er schon oben S. 47 vertreten hat.

C.

Bedeutung der Firmeneintragung in öffentlich-rechtlicher Beziehung.

Nicht nur für das Civilrecht, sondern auch für das öffentliche Recht erzeugt die Eintragung in gewisser

1) Vergl. Düringer in Deutsch. Jur. Ztg. Bd. IV S. 168; Schirrmeister in Z. f. H. Bd. 49 S. 38.

Beziehung Rechtswirkung. Doch ist hier zu scheiden zwischen prozessualen und strafrechtlichen Vorschriften.

Denn für das Gebiet des Strafrechts darf dem äusserlichen Umstande, dass die Eintragung erfolgt ist, maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden.

So kann auch der im Handelsregister eingetragene Gewerbsmann — Scheinkaufmann —, wenn er auf Grund der §§ 239, 240 K.O. oder des § 1 R.G. v. 5 Juli 1896 (sog. Bankdepot-Gesetz) wegen unterlassener oder gesetzwidriger Buchführung zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen wird, geltend machen, dass das von ihm betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder dass dasselbe über den Umfang des Handwerks oder des Kleingewerbes nicht hinausgehe.

Der Strafrichter hat dann unabhängig von dem Registereintrag zu prüfen und zu entscheiden, ob der beschuldigte Vollkaufmann zur Buchführung verpflichtet war; denn dem Strafrichter gegenüber bleibt der Grundsatz des Strafrechts maßgebend, dass die Erforschung der materiellen Wahrheit die Voraussetzung für die Bestrafung bildet[1]).

In einem Falle wird auf dem Gebiete des Strafrechtes der Eintragung maßgebende Bedeutung beigelegt. Diese Ausnahmebestimmung enthält das Reichsgesetz vom 6. Mai 1904 über die Abzahlungsgeschäfte.

Die Strafbestimmung des § 7 dieses Gesetzes findet nämlich gegen den Veräusserer von Losen gegen Teilzahlung keine Anwendung, wenn der Empfänger als Kaufmann im Handelsregister eingetragen ist (§ 8 des R.G. über Abzahlungsgeschäfte). Hier ist also die Eintragung als Kaufmann maßgebend. (Vergl. Düringer und Hachenburg Bd. I S. 58 IV.)

1) Vergl. Denkschr. S. 19; Staub Bd. I S. 79; Düringer und Hachenburg Bd. I S. 58; Makower Bd. I S. 20; Lehmann und Ring Bd. I S. 44; Schirrmeister in Z. f. H. Bd. 49 S. 39.

Streitig ist, ob die unwiderlegliche Rechtsvermutung ebenso wie auf die privatrechtlichen auch auf die damit zusammenhängenden prozessualen Beziehungen des Firmeninhabers zu Dritten Anwendung findet. Unter der Geltung des A.H.G.B. war eine der vielumstrittensten Fragen: „Kann der Firmeninhaber unter seiner Firma klagen und verklagt werden[1])?“

Im H.G.B. ist diese Frage im § 17 Abs. 2 dahin geregelt worden, dass der Einzelkaufmann unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann. Der Gesetzgeber ist, wie die Denkschrift S. 31/32 sagt, zu diesem Ergebnis gelangt, weil die entgegengesetzte Regelung die Rechtsverfolgung unnötig erschweren würde. Namentlich in Wechselprozessen, sowie in Fällen, in denen durch die Anstellung der Klage eine Frist gewahrt werden soll, führt es zu erheblichen Unzuträglichkeiten, wenn der Kläger, dem gegenüber die andere Partei bisher nur unter ihrer Firma aufgetreten ist, genötigt wäre, vor der Anstellung der Klage erst noch Ermittelungen darüber anzustellen, welches der bürgerliche Name des Firmeninhabers ist.

Kommt nun dem Scheinkaufmann auch die Rechtswohltat des § 17 Abs. 2 H.G.B. zu? Obwohl die meisten Schriftsteller[2]) darin übereinstimmen, dass der Straf-

---

1) Das R.O.H.G. nahm in konstanter Praxis an, dass ein Einzelkaufmann auch unter seiner „Firma“ klagen und verklagt werden kann (R.O.H.G. Bd. 3 S. 413, Bd. 14 S. 307, Bd. 23 S. 101). Derselben Ansicht waren v. Völkerndorff in Endemanns Handbch. Bd. I § 47; Behrend Bd. I § 47 Anm. 67; Gareis-Fuchsberger S. 50; Hahn § 3; Cosack S. 56; Düringer in den Ann. der bad. Ger. Bd. 61 S. 318 u. a.

Den entgegengesetzten Standpunkt vertraten Staub 5. Aufl. S. 34; Dernburg, preuss. Privatrecht Bd. II § 313; Simon in den Blättern f. Rechtspflege f. Thüringen und Anhalt Bd. 20 S. 194; Wilmosky und Levy, C.P.O. Anm. 3 zu § 230.

2) Vergl. Gareis, Handausg. S. 26; Cosack S. 48; Staub Bd. I S. 79; Düringer und Hachenburg Bd. I S. 60 und Goldmann S. 36.

richter und Registerrichter nicht an die Wirkung des § 5 H.G.B. gebunden seien, so gestatten doch einige auch dem Eingetragenen des § 5 H.G.B. Klagen unter der Firma (vergl. Staub Bd. I S. 109, Lehmann und Ring Bd. I S. 43, auch Gareis Handausg. S. 26)[1]).

Der Prozessrichter ist also gezwungen, aus der Eintragung den Schluss zu ziehen, dass das betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe, der Betreibende ein Vollkaufmann sei und somit unter seiner Firma klagen und verklagt werden könne.

Demgegenüber vertritt Makower in seinem Kommentar Bd. I S. 20 und 38, sowie Göppert in Z.f.H. Bd. 47 S. 267 ff. die Ansicht, dass die Tragweite des § 5 HG.B. sich nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Inhabers der eingetragenen Firma zu Dritten erstrecke und deshalb der Prozessrichter ohne weiteres den Nachweis erfordern könne, dass die klagende bezw. beklagte Firma die Firma eines Vollkaufmanns sei; denn andernfalls würde ihr die Prozessfähigkeit mangeln (§ 56 C.P.O.). Es könne also ein Scheinkaufmann nicht unter seiner Firma klagen; denn die Eintragung der Firma bewirke nicht die Schaffung einer öffentlichen Beglaubigung für die Berechtigung des eingetragenen Inhabers zur Führung jener Firma (R.G. Bd. 25 S. 5).

Dieser letzteren Ansicht kann ich nicht beipflichten; denn einmal ist in der Denkschrift S. 17 ausgeführt, der Firmeneintrag habe hinsichtlich der privatrechtlichen Verhältnisse des Unternehmers eine

---

1) Selbstverständlich bezieht sich die Vorschrift nicht auf die Staubschen Scheinkaufleute, also auf Personen, welche lediglich infolge ihres blossen Auftretens im Rechtsverkehr als Vollkaufleute gelten. Diese können sich zu ihren Gunsten darauf nicht berufen, ihre Klage unter ihrer Firma ist jedenfalls unberechtigt, aber auch sie können nicht unter der Firma verklagt werden. Selbst Staub Bd. I S. 109 vertritt diese Ansicht, a. A. Lehmann und Ring Bd. I S. 74 Nr. 10.

den Prozessrichter bindende Wirkung und dann sind doch die prozessualen Vorschriften deshalb gegeben, um die privatlichen sachgemäss durchführen zu können, da ja das Civilprozessrecht die notwendige Ergänzung der bürgerlichen Gesetzgebung ist (vergl. Hellwig, Lehrb. d. C.P.O. S. 2).

Es steht also nichts im Wege, § 17 Abs. 2 H.G.B. auch auf den Scheinkaufmann Anwendung finden zu lassen und einerseits ihm die Befugnis zuzusprechen, unter seiner Firma zu klagen, andererseits dem Dritten zu gestatten, ihn unter seiner Firma zu verklagen.

Um aber jedem Zweifel zu entgehen, hält Verfasser es für praktisch, unter der Angabe der Firma und bürgerlichem Namen zu klagen.

Das hier Gesagte findet auch auf § 124 H.G.B. (offene Handelsgesellschaft) und § 161 Abs. 2 (Kommanditgesellschaft) entsprechende Anwendung.

Ebenso kann der Scheinkaufmann vor der Kammer für Handelssachen nach Maßgabe des § 101 Ziff. 1 G.V.G.[1]) klagen oder verklagt werden[2]).

Denn wenn man ihm zugesteht, dass er unter seiner Firma Prozesse führen kann und somit die Tragweite des § 5 H.G.B. sich nicht bloss auf die rein privatrechtlichen Verhältnisse sich erstrecken lässt, so darf man ihm auch nicht das Recht zum Antrag auf Verweisung eines zur Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen gehörigen Rechtsstreites, der bei einer Civilkammer anhängig ist, versagen.

---

1) Vergl. Lehmann und Ring Bd. I S. 44; Düringer und Hachenburg Bd. I S. 58; Staub Bd. I S. 79 Anm. 4.

2) Nach § 101 G.V.G. sind die Kammern für Handelssachen zuständig für Ansprüche gegen einen Kaufmann, welche für beide Teile Handelsgeschäfte sind, aus einem Wechsel oder aus einer der im § 363 H.G.B. bezeichneten Urkunde, sowie aus gewissen firmenrechtlichen, im Gesetze näher verzeichneten Rechtsverhältnissen.

Bekanntlich werden die Kammern für Handelssachen von einem Mitgliede des Landgerichts als Vorsitzenden und zwei Handelsrichtern, d. s. Angehörige des Handelsstandes, für deren Ernennung nach § 113 G.V.G. bestimmte Voraussetzungen vorhanden sein müssen, als Beisitzern gebildet.

Und gerade darin, dass zwei Kaufleute zur Mitentscheidung berufen sind, liegt der Vorteil für ihn, weil er jedenfalls eine grössere Berücksichtigung der Verkehrsverhältnisse und eine freiere, von Buchstaben unabhängige Würdigung der Sachlage erwarten darf. (Vergl. Dickel S. 35.)

Die Frage, ob ein Scheinkaufmann auch zum Handelsrichter gewählt werden könne, wird man ebenfalls bejahen müssen. Nach § 113 G.V.G. kann zum Handelsrichter ernannt werden jeder Deutsche, welcher als Kaufmann oder als Vorstand einer Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen oder eingetragen gewesen ist, das 30. Lebensjahr vollendet hat und in dem Bezirk der Kammer für Handelssachen wohnt. Doch sind nach § 113 Abs. 2 G.V.G. solche Personen ausgeschlossen, welche infolge gerichtlicher Anordnung in ihrem Vermögen beschränkt sind.

Der Gesetzgeber hat also hier auf die Eintragung als Kaufmann und nicht auf die Kaufmannseigenschaft Gewicht gelegt[1]).

Deshalb behauptet auch Dickel S. 40 zu Unrecht, dass § 113 G.V.G. auf den Scheinkaufmann keine Anwendung finde.

Auch die partikularrechtlichen Vorschriften für das aktive und passive Wahlrecht zur Vertretung des Handelsstandes und für die Steuerpflicht gegenüber

---

1) Vergl. Lehmann und Ring Bd. I S. 44; Düringer und Hachenburg Bd. I S. 58.

dieser Vertretung sind für den Scheinkaufmann maßgebend. (Vergl. Düringer und Hachenburg Bd. I S. 58.)

Denn dürfte die Handelskammer nicht aus der Eintragung einer Firma ins Handelsregister den Schluss ziehen, dass der Inhaber Kaufmann sei, und somit ihrer Besteuerung [1]) unterliege, dann müsste sie z. B. bei der Aufstellung der Wählerlisten [2]) bei jeder im Handelsregister eingetragenen Firma Ermittelungen anstellen, ob dieselbe in der Tat ein Handelsgewerbe betreibe. Dass dies auf grosse Schwierigkeiten stossen und zu mannigfachen Unzuträglichkeiten führen würde, kann wohl keinem Zweifel unterliegen.

§ 7.

Kritik der Staubschen Lehre vom „Scheinkaufmann".

Nachdem wir nun festgestellt haben, welche Folgen § 5 H.G.B. an die unrechtmässige Eintragung von Firmen ins Handelsregister knüpft, bleibt nur noch eine eingehendere Prüfung der Staubschen Lehre vom Scheinkaufmann übrig.

Hat Staub Recht und besteht überhaupt ein Bedürfnis dafür, dass er eine neue, vom Gesetzgeber gar nicht erwähnte Gruppe von Kaufleuten aufstellt?

Bekanntlich stellt Staub den Satz auf: „Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann; wer sich als Vollkaufmann geriert, muss sich als solcher behandeln lassen."

Es gilt also unter Umständen derjenige, welcher erst durch die Eintragung gemäss § 2 H.G.B. Kaufmann werden würde, auch schon vor der Eintragung als Kaufmann, sobald er eine kaufmännische Firma führt

---

1) Zur Deckung der Verwaltungskosten.
2) Für Wahlen in die Handelskammer.

oder sonstwie im Rechtsverkehr kaufmännisch auftritt. Es sind z, B. dann seine Angestellten (natürlich nur die zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellten Personen) Handlungsgehilfen. Die ihm nachteiligen, dem Gehilfen vorteilhaften Bestimmungen über die Handlungsgehilfen kommen in diesem Falle dem Gehilfen zu statten. Aber auch der Gehilfe wird meist gegen sich gelten lassen müssen, dass er, weil er mit einer Person kontrahiert hat, die als Kaufmann gelten wollte, als Handlungsgehilfe gilt. (Vergl. Staub Bd. I Excurs zu § 5 Anm. 7.)

Einen ähnlichen Standpunkt vertreten Düringer und Hachenburg in ihrem Kommentar Bd. I § 59 II S. 196.

Staub geht bei seiner Lehre, wie wir schon oben S. 29 gesehen haben, von den §§ 157 und 242 B.G.B. aus und folgert aus ihnen, dass jedermann sich gefallen lassen müsse, dass seine Erklärungen so aufgefasst werden und ihnen die Bedeutung beigelegt werde, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es vorschreiben.

Die §§ 147 und 242[1]) enthalten Vorschriften über die Auslegung von Verträgen und die Bewirkung der Leistung seitens eines Schuldners.

Diese §§ dürfen aber nicht einfach nach Gutdünken herangezogen werden, sondern es muss vielmehr das gesetzte Recht gesucht und nur, wo dies versagt, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte selbständig die Entscheidung des Streitfalles gefunden werden[2]).

---

1) § 157 B.G.B. lautet: Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. § 242 B.G.B. sagt: Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

2) Vergl. Schneider in Deutsch. Jur. Ztg. 1903 S. 232 ff.

Deshalb kann auch aus ihnen niemals eine solch weitgehende Lehre, wie Staub sie aufstellt, gefolgert werden. Denn wenn sich auch der getäuschte Dritte, um vor Schaden geschützt zu werden, schliesslich auf diese Paragraphen berufen kann, so wird doch niemals schon mit Rücksicht auf das Verkehrsinteresse der Erklärende dies tun und geltend machen können, dass er für den Rechtsverkehr als Kaufmann gelte.

Dem getäuschten Dritten stehen aber jederzeit die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen (§ 823 ff. B.G.B.) zu Gebote und es ist in der Tat nicht einzusehen, warum man, wo doch die allgemein gültigen Vorschriften zu dem gleichen Resultate führen, durch Einführung dieser neuen Kaufmannskategorie den Kaufmannsbegriff, der in den §§ 1, 2, 3, 5 und 6 H.G.B. fest geregelt ist, verschwommen und undeutlich machen soll.

Der Gesetzgeber hat im neuen Handelsgesetzbuch ein Sonderrecht für die Kaufleute geschaffen: er hat dadurch, dass er die sog. absoluten Handelsgeschäfte beseitigt hat, den Kaufmannsbegriff bedeutend exakter normiert und damit ausgedrückt: „Nur für die Kaufleute das Handelsrecht, für alle anderen Personen aber das B.G.B.“ [1]).

Die Staubsche Lehre würde gerade das, was der Gesetzgeber durch die Neugestaltung und bestimmte Regelung des Kaufmannsbegriffes erreichen wollte, zu nichte machen und es würde dauernd darüber Unklar-

---

1) Allerdings kann es vorkommen, dass auch auf einen Nichtkaufmann die Regeln des Handelsrechtes Anwendung finden, aber nur dann, wenn es sich um ein Geschäft handelt, das für den anderen Kontrahenten ein Handelsgeschäft ist, wenn dieser also ein Kaufmann ist. Der eine Teil der zwei das Geschäft Abschliessenden muss demnach notwendig ein Kaufmann sein. In diesem Falle gilt das Handelsrecht dann für beide Teile. Vergl. Lehmann und Ring Bd. I S. 20 und Gareis, Lehrbuch des Handelsrechtes S. 26.)

heit herrschen, welche Geschäfte nach Handelsrecht und welche nach bürgerlichem Recht beurteilt werden müssen [1]).

Nach diesen Erörterungen müssen wir zu dem Resultat gelangen, dass der Staubsche Satz: Wer sich als Kaufmann geriert, gilt als solcher, nicht nur vollständig überflüssig [2]), sondern auch, um ihn für das Recht verwerten zu können, viel zu unbestimmt und mit Rücksicht auf das Verkehrsinteresse und die Rechtssicherheit höchst gefährlich ist (vergl. Lehmann und Ring Bd. I § 1 Anm. 10).

1) Vergl. Blumenthal Diss. Göttingen S. 28.

2) Die Vorschriften über die unerlaubten Handlungen reichen in allen Fällen aus.